TRATADO DE DIREITO Privado

Pontes de Miranda

ATUALIZADO POR

Vilson Rodrigues Alves

Em conformidade com o Código Civil de 2002

BOOKSELLER

TRATADO DE DIREITO PRIVADO

PARTE ESPECiAL

TOMO XII

o.,

e:)

Direito das Coisas: Condomínio. Edifício de apartamentos. Compáscuo. Terras devolutas.

Terras de silvícolas.

TÁBUA SISTEMÁTICA DAS MATÉRIAS

PARTE IV

Condomínio (comunhão “pro indiviso”)

CAPITULO 1

CONCEITO E ESPÉCIES DE CONDOMÍNIO

§ 1.272. *Comunhão e compropriedade.* 1. Fontes da comunhão. 2. Comunhão voluntária e comunhão acidental. 3.

Pluralidade subjetiva

§ 1.273. *Figura do condomínio.* 1. CELSO e a sua contribuição 2 . *CELSO* inovador. 3. As relações jurídicas do condomínio

§ 1.274. *Comunhão total e comunhão de parte da coisa* 1 Comunhão da coisa toda; comunhão de parte da coisa 2

Comunhão universal, comunhão parcial, comunhão total 3.Comunhão de elementos do domínio

§ 1.275. *Condomínio e domínio pleno.* 1. Direito pleno. 2. “lua utendi” e “ius fruendi”. 3. Compropriedade

§ 1.276. *Relações extensionais entre condôminos.* 1.Relações quantitativas. 2. Princípio da igualdade dos condôminos. 3. Restrições ao princípio, ônus de afirmar e de provar. 4. Regras dispositivas. Registro e partes dos ex-condôminos. 5. O art. 639 do Código Civil e a redação e forma da cláusula

§ 1.277. *Comunhão "pro indiviso" e comunhão "pro diviso".* 1. Conceito de comunhão "pro diviso". 2.

"Portiones divisae"

§ 1.278. *Construção da comunhão "pro divíso".* 1. Conceito. 2. Unidade e pluralidade das coisas. 3. Comunhão

"pro diviso" de bens imóveis

§ 1.279. *Fontes do condomínio.* 1. As causas. 2. De uma vez ou em virtude de negócios diferentes: regime da coisa comum

§ 1.280. *Comunhão, sociedade e mancomunhão.* 1. "Affectio societatis".2.A mão-comum, ou mancomunhão. 3.

Acessões

§ 1.281. *Direitos quanto às partes (quotas).* 1. "Usus", "fructus", "abusus". 2. Código Civil, art. 633. 3.

Princípios consequenciais 27

§ 1.282. *As partes indivisas.* 1. Alienação e cláusula de inalienabilidade. 2. Ineficácia, e não nulidade, da alienação da parte indivisa. 3. Condômino que tem outro direito real. - 4. Sub-rogação. 5. Herdabilidade. 6. Penhora, sequestro; outras medidas preventivas. 7. Hipoteca. 8. Venda da coisa toda. 9.Limitação de poder. 10. Se não atingem todas as partes. 11.Falência e concurso de credores. 12. Divisão da posse e posse indivisa. 13.

Arrendamento da coisa comum ao condômino. 14. Direito de preferência

1 1.283. *Construção negocial do condomínio e preferência.* 1. Vontade dos sujeitos. 2. Direito de preferência de origem negocial.3. Interpretação do negócio jurídico. 4. Código Civil, art. 1.139. 5. Indivisibilidade natural e jurídica. 6. Condômino com direito de preferência. 7. Condômino ciente. 8.Aluguer. 9. Benfeitorias 45 § 1.284. *Condomínio e gravames.* 1. "Gravar". 2. Negócio jurídico com o

condômino. 3. Locação e gravame. **1**

1.285. *Condomínio e servidão.* 1. Servidão passiva. 2 Servidão ativa. 3. Código Civil, art. 710. Não-incidência do principio“Nuíli res sua servit”56 § 1.286. *Direitos e deveres de vizínhança.* 1. Principio. 2 Entre condôminos

§ 1.287. *Uso e fruto da coisa comum.* 1. O “quod plerumque fit”. 2.Uso da coisa; partilha precária. 3. Frutos. 4.

Vantagens e frutos

§ 1.288. *Alterações na coisa.* 1. Modificações. 2 Necessariedade posterior à utilidade

§ 1.289. *Ações dos condôminos entre si.* 1. Domínio. 2. Reivindicação do todo e da parte. 3. “Indicia communi dividundo” e miliae esciscundae”. 4. Responsabilidades dos condôminos entre si

§ 1.290. *Posse e condomínio.* 1. Combinação de posse ou composse e de domínio ou condomínio. 2. Código Civil, art. 488. 3. Posse do condômino além do devido

CAPÍTULO II

VIDA DO CONDOMÍNIO

§ 1.291. *Frutos, uso e gozo.* 1. Coisa comum. 2. Uso. 3. Obras .4.Excesso no uso. 5. Compatibilidade com a indivisão. 6.Direitos reais distintos

§ 1.292. *Despesas e condomínio.* 1. Partes nas despesas. 2. Distinções sobre o fundamento da responsabilidade. 3.

Desmembramento. 4. Interpretação do titulo constitutivo. 5. Concurso de credores e falência. 6. Código Civil, art.

. 7.Benfeitorias. Despesas necessárias. 8. Despesas úteis.9. “Cuius commoda culus et incommoda”. 10.Ônus. 11.

Renúncia e liberação

§ 1.293. *Administração do condomínio.* 1. Administração comum.2.Administração sem explicita deliberação.

3.Escolha.4.Deveres e obrigação do administrador. 5. O que escapa ao conceito de ato de administração. 6. Como se forma a maioria. 7.Eficácia. 8. O que não pode ser resolvido por maioria. 9.Discussão em juízo. 10. Locação.

11. Prédios rústicos e costumes locais. 12. Constituição de usufruto. 13 Duração da locação. 14. Preferência

§ 1.294. *Substancia e destinação da coisa.* 1. Unanimidade e maioria. 2.Remodelação e reforma. 3. Acidental transformado em essencial. 4. Deliberação por maioria quando deveria ser unanime. 5. “Divisão”. 6. Alterações.

7. Regulamentação, constituição, estatutos

§ 1.295. *Reconstrução do prédio comum arruinado.* 1 A unanimidade.2.Despesas

§ 1.296. *Indivisibilidade perpétua e temporária.* 1. Indivisão perpétua. 2. Código Civil, art. 629. 3. Pretensão a dividir. 4.Bem de família. 5. Disposições e cláusulas. 6. Comunhão “pro diviso”

§ 1.297. *Indivisibilidade e destinação.* 1. Cessação da comunhão e indivisibilidade. 2. Alcance do art. 632 do Código Civil. 3. Divisão em natura. 4. Se não se procede à divisão

1.298. *Ações dos condôminos.* 1. Enumeração não exaustiva: ação de reivindicação; ação de vindicação da posse (coisa móvel); ação publiciana; ação de usucapião; ações possessórias; ações pessoais de restituição. *2.*

Presumidos de boa fé

§ 1.299. *Ações contra os condôminos.* 1 Autor, réu; possuidor; litisconsórcio. 2. Litisconsórcios 3. Litisconsórcio unitário.4.Eficácia da sentença

CAPÍTULO III

PERDA DA PARTE INDEVIDA

§ 1.300. *Perda da compropriedade.* 1. Causas de perda. 2. Renúncia. 3.Abandono; não há consolidação entre condôminos. 4. Alienação de parte indivisa e alienação de parte arbitrariamente divisa. 5. Partilha e divisão. 6.

Usucapião. 7. Perecimento

§ 1.301. *Cessação da comunhão "pro indiviso"* 1 Casos. 2. Concentração. 3. Abandono e renúncia Divisão material.5.Divisão amigável. 6. Ações

§ 1.302. *Eficácia da divisão.* 1. Código Civil, art. 631. Direito francês e direito brasileiro. 2. Concepção romana; concepção francesa. 3. Litisconsortes. 4. Direitos reais limitados. 5.Frutos. 6. Cessação da comunhão e usucapião.

7. Atos de conservação e atos úteis. 8. Evicção

PARTE V

Comunhão em edifícios de apartamentos

CAPÍTULO 1

NOÇÃO E NOME DA COMUNHÃO "PRO DIVISO"

§ 1.303. *Noção de comunhão "pro diviso".* 1. Comunhão e relação obrigacional; relação obrigacional não-autônoma. 2 Comunhão "pro diviso": comunhão e diviso

§ 1.304. *Nome para a comunhão "pro diviso".* 1. Compropriedade e comunhão "pro diviso". "Utilitas" e "mera subtilitas". 2. Denominações propostas. 3. Comunhão "pro diviso" em edifícios de apartamentos

§ 1.305. *Objeto da comunhão "pro diviso".* 1. Direito brasileiro, e comunhão "pro diviso". 2. Domínio, usufruto, uso, habitação

§ 1.306. *Comunhão "pro diviso" e categorias jurídicas.* 1. Junção da

comunhão e da não comunhão nas diferentes legislações. LABE.XO, POMPÔNIO e ULPIANO. Direito e vida. 2. Problema de política jurídica

§ 1.307. *Ainda o nome.* 1. Nomes propostos. 2. Escala de elementos comuns desde a comunhão "pro diviso" até a parede-meia

§ 1.308. *Direito grego e grecoegípcio.* 1. Textos dos papiros. Comunhão "pro diviso" de solo inedificado. 2.

Direitos do comuneiro

§ 1.309. *Direito romano e comunhão "pro diviso"* 1. O direito romano tinha tal comunhão. Textos que o atestam.

2 Divisão e multiplicação

§ 1.310. *Comunhão "pro diviso" no direito brasileiro.* 1. Ordenações Filipinas, Livro 1, Título 68, § 34. 2. O

problema da comunhão"pro diviso" no Código Civil. 3. Construção no solo comum. Passagens de MANUEL

GONÇALVES DA SILVA e de MANUEL DE ALMEIDA E SOUSA. 4. Cortes verticais e cortes horizontais

§ 1.311. *Tentativas de explicação da comunhão "pro diviso".* 1. Exigências de precisão do conceito. 2. „tentativa de explicação da comunhão "pro diviso" pela categoria jurídica da superfície, 3; Tentativa de explicação „pela servidão. 4. Tentativa de explicação pelo usufruto ou por outro direito real. 5. Comunhão "pro diviso" e sociedade. 6. Comunhão "pro diviso" e condomínio, 7. Absurdo da comparação da comunhão "pro diviso".

Figuras explicativas. 9. Necessidade da conexão entre as partes integrantes divisas. 10. Natureza compósita da comunhão "pro diviso". 11. Andares, apartamentos e partes indivisas. 12. Regras fundamentais CAPÍTULO II

COMUNHÃO "PRO DIVISO" E SISTEMA DE DIREITO

§ 1.312. *Qual a regra de direito que incide?* 1. Atribuição de realidade a um direito. 2. Lei que rege a comunhão

“pro diviso”, no espaço e no tempo

§ 1.313. *Direito intertemporal da comunhão “pro diviso”.* 11928 e 1943. 2. Lei nova e direito real

§ 1.314. *Direito internacional privado da comunhão “pro diviso”.* 1.“Lex rei sitae”: posse e propriedade 2.

Direitos reais.3.Prédios sobre a linha de fronteira. 4 Direito das gentes e direito interno. 5. Lei que rege o contrato de incorporação

§ 1.315. *Casamento e comunhão “pro diviso”.* 1. Noivos e apartamentos. 2. Sociedade conjugal. 3. Dissolução da sociedade conjugal

§ 1.316. *Sucessão e comunhão “pro diviso”.* 1. Herança. 2. Figuras de direito das sucessões. 3. Parte divisa e parte indivisa

CAPÍTULO III

SOLO, ANDARES E COMUNHÃO “PRO DIVISO”

§ 1.317. *Se há comunhão “pro diviso” de solo.* 1. Solo inedificado e comunhão “pro diviso“ edifício de um só pavimento. 2. Direito grego e direito greco-egípcio; o problema da comunhão “pro diviso” do terreno inedificado no direito romano; interpretação errada em torno dos textos romanos. 3. PAULO e ULPIANO. Erro de B.

WINDSCHEID. 4. Praticabilidade da comunhão “pro diviso” do terreno inedificado. 5 Pressupostos necessários e suficientes

§ 1.318. *Comunhão “pro diviso” só do uso ou da habitação.* 1. Condomínio e divisão do uso ou da habitação. 2

Construção jurídica

§ 1.319. *Comunhão “pro diviso” de um só andar ou de dois ou mais andares, não sujeita à legislação especial.*

1. Texto das Ordenações Filipinas. 2. Pavimentos e andares

§ 1.320. *Regime da comunhão “pro diviso” do edifício de um só andar ou de dois ou mais andares não-sujeito* à *legislação especial.* 1. Edifício

dividido em duas casas e casas gêmeas. Edifícios de dois andares. 2. Tratamento jurídico do solo comum. 3. Seguro dos apartamentos. 4. Reconstrução. 5. Desapropriação. 6.Administração. 7. A Lei n. 5.481, de 25 de junho de 1928, arts. 9º e 10º. A Lei n. 5.481, art. 11. 9. Comparação sucinta entre os dois regimes

§ 1.321. *Instituição legislativa da propriedade em comunhão "pro diviso".* 1. Textos legislativos. 2. Andar e pavimento

§ 1.322. *Interpretação das leis sobre apartamentos.* 1. A categoria jurídica do apartamento e o direito brasileiro. 2

Regras de interpretação

§ 1.323. *Interpretação dos negócios jurídicos da comunhão "pro diviso".* 1.Direitos e deveres dos comuneiros.

Regras de interpretação. 2.A L. 28, D., *communi divídundo,* 10, 3. 3. Relação de direito e interesse (Código de Processo Civil, art. 2.0).

§ 1.324. *Comunhão "pro diviso" e posse.* 1. Posse do comuneiro. Tradição do nosso direito (ANTÔNIO COMES, MIGUEL DE REINOSO, DIOGO GUERREIRO, MANUEL DE ALMEIDA E SOUSA). 2. Particularidades das relações possessórias. Erros em torno de textos. O acerto de A. RANDA e de RUDOLFF. 3. Ignorância da quota.

4.Posse própria. 5. Composse e uso. 6. Transformação da posse do comuneiro. 7. Comuneiro que administra PARTE VI

Incorporação ou período pré comunial

CAPÍTULO 1

PERÍODO PRÉ-COMUNIAL

Inicio do período pré-comunial. 1. inicios da organização prévia. 2. Negócio jurídico que divide. 3. Edifício de apartamentos. 4. Período pré-comunial. 5. Incorporação

§ 1.327. *Figura do incorporador.* 1. Dono do terreno, condômino, titular de direito de opção, mandatário ou investido de outros poderes. 2. Pessoa física ou pessoa jurídica. 3. Relações jurídicas. 4. Incorporador e comunhão

“pro diviso” ..

.§ 1.328. *Incorporação e lucro.* 1. Intuito de lucro. 2. Fontes do lucro. 3. Direitos reais. 4. Aquisição de apartamento

§ 1.329. *Período pré-comunial ou pré-divisional.* 1 Princípios invoca-veis. 2. Distinção dos períodos

§ 1.330. *Categoria jurídica da incorporação.* 1. Categoria fora do direito predial. 2. Iniciativa. 3. Princípios jurídicos aplicáveis

§ 1.331. § 1.332.

Divisão e comunhão. 1. Divisão material e divisão jurídica. 2. Compropriedade. 3. Diferença entre quotas 219 *A declaração de vontade para dividir em apartamentos;* 1. Conceito. 2. Divisão em apartamentos e loteamento. 3. Comunhão “pro diviso” no edifício de apartamentos. 4. Divisão física ou material; pretensão a dividir. 5. Recepticiedade.

§ 1.333. *Quem é que divide.* 1. Divisão e, depois, comunhão. 2. Unilateralidade e plurilateralidade

§ 1.334. *Declaração de vontade para dividir e negócio juridico abstrato.* 1. Abstração da causa. 2. Origem. 3.

Relação de direito das obrigações e transferência

§ 1.335. *O ato constitutivo e sua natureza.* 1. Título da comunhão“pro diviso”. 2. Estatuto real. 3. Negócio “causa mortis”. 4.Aquisição do terreno. 5. Impostos. 6. .Incorporador dono do terreno. 7. Testamento. 8. Unidade e pluralidade no bem. 9.Influências filosóficas. 10. Titulo constitutivo em sentença

§ 1.336. *Cláusula “reservati dominii”, pacto comissório e promessas de compra-e-venda.* 1. Condição, direito expectativo, resolutividade. 2. Reserva de domínio e pacto comissório. 3. Promessas de compra-e-venda. 4.

Código de Processo Civil, art. 1.006 §§ 1.” e 2.0232

§ 1.337. *Escritura de constituição.* 1. Forma. 2 Determinação das partes. 3. Cláusulas do título constitutivo

§ 1.338. *Título constitutivo e regulamento.* 1. Conteúdo dos dois documentos. 2. Relação jurídica da incorporação.

3. Fundo, forma, e Registro. 4. Partes indivisas. 5. Uso sucessivo

CAPÍTULO II

OPERAÇÕES DE DIVISÃO E DE COMUNHÃO

DESTINAÇÃO DO PRÉDIO EM COMUNHÃO “PRO DIVISO”

§ 1.339. *Conceito de destinação* . 1. Definição. 2. Destinação material e destinação jurídica

§ 1.340. *Destinação do edifício de apartamentos.* 1. Escala de destino.2.Elemento determinativo: a própria divisão. 3. Destinação do apartamento. 4. Partes integrantes comuns. 5. Adequação material a algum fim. 6. Por lei ou por efeito de negócio jurídico. 7. Destinação para guardar. 8. Mudança da destinação

§ 1.341. *Destinação de partes integrantes comuns.* 1. Particularidades.2.Distribuição do espaço. 3. Passagem. 4.

Prédios contíguos. 5. Uso comum. 6. Comunidade subjetivamente restrita do uso

§ 1.342. *Destinação das partes divisas.* 1. Apartamento. 2. Programa ou plano. 3. Profissão e freqüência. 4.

Enfermarias, oficinas, laboratórios, etc. 5. Abuso do direito. 6. Escândalo.7.Rua ou zona industrial 8. Licença federal, estadual ou municipal

CAPÍTULO IV

VALOR INICIAL E ULTERIOR DO TERRENO, DO EDIFÍCIO E DOS APARTAMENTOS

§ 1.343. § 1.344.

Valores do terreno, do edifício e dos apartamentos. 1. Fixações. 2. Período econômico e período jurídico 261 *Valor inicial do terreno, do edifício e dos apartamentos.* 1. Dois valores. 2. Valor inicial do edifício. 3. Valor inicial do apartamento. 4. Quotas dos apartamentos no terreno. 5. Fixação arbitrária *Diferença entre o valor pela área e o inicial.* 1. Elementos diferenciais. 2. Afirmação do negócio jurídico *Revisão do valor inicial dos apartamentos.* 1 Imposição ao futuro e cláusula "rebus sic stantibus". 2 Pretensão dos comuneiros

§ 1.345. 1.346.

6. Discordância entre condôminos. 7. Declaração unilateral de vontade para dividir. 8. Indivisibilidade.

Declaração bilateral de divisão

PARTE VII

Apartamentos e Andares

CAPITULO 1

CONCEITO E CATEGORIA JURÍDICA DOS APARTAMENTOS

§ 1.347. *Apartamentos.* 1. O nome na língua portuguêsa. 2. Política contra a fragmentação da terra. 3. O que se há de entender por apartamentos. 4. Regime legal. 5. Sociedade e direito real. 6. A lei como conteúdo da vontade. 7

Vendade parte do edifício

§ 1.348. *Como surgem as comunhões "pro diviso".* 1. Formas primitivas. 2. Incorporação. 3. Doação, outro contrato, ou declaração unilateral de vontade

§ 1.349. *Explicação da propriedade dos apartamentos.* 1. Divisão material e divisão jurídica. 2. Não temos o direito de superfície; não cabe a figura de sociedade; Tão pouco, a de condomínio ou a de usufruto §

1.350. *Conseqüências da construção jurídica.* 1. Expressões elípticas. 2 . Condomínio e comunhão “pro diviso”.

3. Partes integrantes comuns

§ 1.351. *Que é “prius”: o apartamento ou o terreno?* 1. A terra e a propriedade. 2. Prioridade conceptual do terreno. 3. Proposições elípticas § 1.352. *Indivisibilidade e divisibilidade.* 1. Divisão das partes divians. 2. Divisão do todo

CAPÍTULO II

PARTES INTEGRANTES DO APARTAMENTO

§ 1.353. *Qual a porção divisa.* 1. Apartamento e andar. 2. O apartamento não é bem imóvel distinto. 3.

Comparação infeliz .4. Divisão somente material. 5. Autonomia da vontade dos contraentes. 6. Direito cogente, quanto ao diviso. 7.Particularidade do prédio de apartamento

§ 1.354. *Terreno ou solo.* 1. Direito brasileiro. 2. Perda da autonomia do terreno

§ 1.355. *Partes integrantes indivisas do edifício* 1. Partes integrantes do prédio e partes integrantes da parte divisa.

2. Alicerces, paredes externas, cobertura, escadas, fios, canalizações

§ 1.356. *A indivisão na comunhão “pro díviso”.* 1 Técnica legislativa das normas sobre comunhão de bens. 2

Terreno e espaço aéreo. 3. Nova concepção do espaço aéreo

§ 1.357. *Átrio e pátio comuns.* 1. Gozo, uso e posse. 2. Estrutura do edifício de apartamentos. 3. O problema no século XVII

§ 1.358. *Paredes comuns e paredes-meias.* 1. Distinção entre os conceitos. 2. Meada e meação ideal. 8. Parede

“pro indiviso”.4.Pintura externa. 5. Vizinhos livres e vizinhos ligados

§ 1.359. *Cobertura, terreno e aproveitamento.* 1. Coluna de ar.2.Uso comum do terreno. 3. Cobertura. 4.

Despesas.5. Melhoramento da cobertura. 6. Andares superiores.7.Novos andares. 8. Sobre-elevação do edifício .

... § 1.360. *Sacadas e balcões.* 4. Partes integrantes divisas. 2. Parte externa e interna comum

§ 1.361. *Teto-e-soalho.* 1. Conceito. 2. Metade divisa na parede ou na lage comum. 3. Relações de vizinhança e relações de condomínio. 4. Limitações ao conteúdo do direito de propriedade e abuso do direito. 5. Meia espessura

§ 1.362. *Partes integrantes indivisas, no tempo.* 1. Clausulações. 2.Técnica legislativa. 3. Determinação das partes indivisas do terreno. 4. Proporção. 5. Custo e valor. 6 Destinação. 7.Problemas

§ 1.363. *Garagens, estrebarias e dispensas.* 1. Peças para guardar. 2.Dispensas. 3. Garagens. 4. Natureza do direito à garagem. 5. Nulidade das vendas de garagens a estranhos. 6. Servidão de garagem. 7. Garagem à parte §

1.364. *Salões livres.* 1.Peças de destino especial. 2 Leis de direito público.3.Pressupostos

§ 1.365. *Chaves do prédio.* 1. Classificação das chaves. 2. Chaves do apartamento. 3. Chaves das entradas. 4.

Chaves de algumas dependências. 5. Chaves das portas interiores. 6. Chaves privativas. 7. Chaves das partes integrantes comuns. 8.Chaves das portas privativas de dois apartamentos. 9. Chaves de portas privativas do mesmo apartamento

§ 1.366. *Utilização das partes e pertenças comuns.* 1 Usabilidade.2.Servidão

§ 1.367. *Servidão e apartamento.* 1. Indiviso e diviso. 2:Servidão passiva e servidão ativa. 3. Ato ou omissão. 4

Ato constitutivo e regulamento. 5. Servidão ativa

§ 1.368. *Tabuletas, letreiros, luzes de anúncio, etc.* 1. Sinais indicativos. 2. Falta de permissão. 3. Abuso do direito § 1.369. *Escadas e elevadores.* 1. Partes integrantes deslocadoras.2.Aparelhos e maquinarias. 3.

Passadeiras

§ 1.370. *Portas e aberturas nos apartamentos* Orifícios e portas.2.Transformações. 3. Alterações Paredes privativas.5.Paredes-meias e parede comum

§ 1.371. *Pertenças do apartamento.* 1. Existência, independência e dependência. 2. Gás, luz, refrigeração, etc. 3

Telefones; despesas de consumo

§ 1.372. *Móveis dos apartamentos.* 1. Partes integrantes e pertenças.2.Incrustações

§ 1.373. *Despesas de conservação.* 1. Partes integrantes comuns. 2. Regramento. 3. Proporção da dívida de despesas. 4. Obrigação "propterrem". 5. Espaços intercalares indivisos

§ 1.374. *Despesas de uso ou exercício.* 1. Obras novas. 2 Serviço comum. 3. Ascensor, escada e teto

§ 1.375. *Regras de interpretação do negócio jurídico dos apartamentos.*

1.Privativo e comum. 2. Regimes diferentes

§ 1.376. *Destinação da parte indivisa.* 1. Terreno. 2. Mínimo de terreno. 3. Partes integrantes comuns

§ 1.377. *Partes integrantes, pertenças e usucapião.* 1. Posse e usucapião. 2. Usucapião do todo. 3. Composse. 4.

Usucapião de partes integrantes do edifício. 5. Condômino e usucapião. 6.Pertenças e usucapião. 7. Conclusões

VIDA DA COMUNHÃO "PRO DIVISO"

§ 1.378. *Relações entre os comuneiros.* 1. Vizinhos e condôminos.2.Propriedade e administração. -8. Despesas feitas pelo comuneiro

§ 1.379. *Direitos e deveres dos comuneiros.* 1. Deveres comuns aos proprietários. 2. Cada apartamento é unidade.

3 Porção comum. 4. Terreno

§ 1.380. *Assembléia dos comuneiros.* 1. Conceito. 2 Atos de disposição. 8. Deliberações nulas e anuláveis. 4

Deliberações ineficazes

§ 1.381. *Regulamento do edifício.* 1. O que é. 2. Criação da prática.3.O que deve conter. 4. Aquisição do apartamento Momento em que se há de fazer o regulamento

§ 1.882. *Direito subjetivo e pretensão à regulamentação* 1. Convocação. 2. Deliberação. 3. Pretensão à deliberação em comum.4.Pretensão à elaboração e aprovação do regulamento.5.Convite e convocação. 6. Oferta e consulta

§ 1.383. *Restrições ao conteúdo do direito de propriedade.* 1. Registravel e irregistravel. 2. Destinação e servidão.

3.Direitos de vizinhança e restrições. 4. Direito de preferência e direito de opção. 5. Fracionamento dos apartamentos.6. Seguro.7. Alienação. 8. Exame de algumas cláusulas

§ 1.384. *Eficácia do regulamento.* 1. Negócio jurídico. 2. Direitos oriundos do regulamento. 3. Regulamento não gera direitos reais. 4. Cláusulas heterotópícas. 5 Cláusulas restritivas do uso comum

§ 1.385. *Modificação do regulamento.* 1. Modificação e revogação. 2.Direito dispositvo

§ 1.386. *Interpretação do regulamento.* 1. Regras. 2 Poderes de administração

§ 1.387. *Apartamentos e direitos de vizinhança.* 1. Partes integrantes comuns. 2. Limites do apartamento. 3.

Direitos de vizinhança e restrições. 4. Passagem forçada

§ 1.388. *Espécies de regulação.* 1. Regulamentação que atinge o direito real. 2. Regulação que não atinge o direito real. 3. Nulidade e ineficácia das deliberações. 4. Ofensa a direitos de condôminos. 5. Condômino que administra

“motu proprio”.

6.Pluralidade de administradores. 7. Poderes e deveres dos administradores. 8. Demissão e denúncia ou revogação

§ 1.389. *Alcance do art. 11, a), da Lei n. 5.481.* 1. Vedações. 2.

Mudança da forma externa. 3. Alcance do conceito. 4 Mudança de forma e destinação

§ 1.390. *Distribuição interna dos apartamentos.* 1. Distinções. 2. Abertura ou passagem para outro edifício. 3.

Direitos do dono do apartamento

§ 1.391. *Construções e uso danoso.* 1. Direito de vizinhança. 2 Destinação. 3. Limitação e restrição

§ 1.392. *Corredores e caminhos internos.* 1. Regras essenciais. 2. Com posse. 3. Renunciabilidade e irrenunciabilidade

§ 1.393. *Aquecimento prejudicial.* 1. Vedação. 2. Pressupostos do direito do vizinhança

§ 1.394. *Ações com base no art. 11 da Lei n. 5.481.* 1. Ação declaratória, ações possessórias, ação do preceito cominatório, ação de dano, ação para pedido de multa. 2. Caução de dano infecto

§ 1.395. *Natureza da eficácia segundo a Lei n. 5.481, art. 11, parágrafo único.* 1. Enunciados da lei. 2. Natureza do julgamento

§ 1.396. *Comuneiro e uso da propriedade.* 1. O que **não** é dado ao comuneiro. 2. Transformações. 3. Vizinhos livres e vizinhos ligados. 4. Vizinhos em linha vertical e em linha horizontal. 5. Obrigações„

§ 1.397. *Uso dos apartamentos.* 1. Modificações e melhoramentos.2.Habitantes. 3. Fusão de apartamentos 4. Teto-e-soalho e soalho-e-teto

§ 1.398. *Incendio do edificio e dos apartamentos.* 1. Princípios gerais.2.Empregadores e empregados. 3. Diviso e indiviso.4 Reconstrução

§ 1.399. *Reconstrução do edifício.* 1. Lei especial. 2. Reconstrução total e parcial. 3. Plano reconstrutivo. 4.

Despesas. 5. Ações. 6.Ameaça de ruína

§ 1.400. *Unanimidade e maioria.* 1. Decisão. 2. Votos. 3. Conselho de administração. 4. Discriminação dos compartimentos

§ 1.401. *Administração do edifício de apartamentos.* í. Comunidade.2.O que compreende. 3. Comuneiro. 4.

Regramento. 5. Funções. 6. Administrador plural. 7. Designação do administrador. 8. Perecimento da compropriedade

§ 1.402. *Figura do administrador.* 1. Escolha pela assembléia. 2. Mandato. 3. Administrador. 4. Direito brasileiro

§ 1.403. *Atos de administração.* 1. Poderes. 2. Natureza do ato.3.Gestão de negócios. 4. Prazo da administração. 5.

Vigilância. 6. Administrador e comuneiros. 7. Divergência entre administrador e comuneiro

§ 1.404. *Os comuneiros suas relações com terceiros.* 1. Comuneiro e assembléia. 2. Responsabilidade. 3.

Citações. 4. Legitimação processual. 5. Dever do administrador .

§ 1.405. *Represemtação dos comuneiros.* 1. Atos de administração. 2. Litisconsórcio ativo e passivo. 3. Eficácia da sentença. 4. Administrador. 5. Pleitos e extraneização do comuneiro

1.406 . *Remuneração do administrador.* 1. Mandato. 2 Aluguel 3.Cargos

§ 1.407. *Contas do administrador.* 1. Culpa. 2. Contas. 3. Responsabilidade

§ 1.408. *Figura do porteiro.* 1. Funções. 2. Poderes. 3.Relações jurídicas. 4. Funções principais. 5. Fonte. 6. Cargo e remuneração. 7. Responsabilidade

§ 1.409. *Despesas comuns.* 1. Gerais e especiais. 2.Distribuição.3.Revisão

§ 1.410. *Modos de perda.* 1. Código Civil, arts. 589 e 590. 2. Alienação. 3. Renúncia. 4. Abandono. 5.

Perecimento. 6. Desapropriação *Comunhão "pro diviso" dos apartamentos e sua cessação.* 1.Comunhão e propriedade. 2. Divisão material e divisão jurídica

§ 1.412. *Conceito de compáscuo.* 1. Direito romano. 2. Evolução do instituto

§ 1.413. *Direito brasileiro.* 1. Compáscuo e espécies de compáscuo.

2.Terrenos baldios e terrenos públicos. 3.

Legislação municipal. 4. Divisão das terras

COMPÁSCUO E DIREITO DE COMPASCUO

§ 1.414. *Surgimento do compáscuo.* 1. Prédios contíguos e próximos. 2.Negócio jurídico de co-apascento em compascuo. 3. Servidão de co-apascento. 3. Compáscuo em condomínio

§ 1.415. *Comunhão real de compáscuo.* 1. Partes comuns. 2. Extensão do uso na comunhão de compascuo. 3.

Comunhão de uso e compáscuo-condomínio

§ 1.416. *Direitos e deveres.* 1. Direitos. 2. Deveres. 3 Arrendamento.4.Obras no terreno do pasto comum

§ 1.417. *Terrenos públicos e baldios.* 1. Código Civil, art. 646, parágrafo único. 2. Matos maninhos PARTE IX

Terras devolutas. Terras de silvícolas

CAPITULO 1

TERRAS DEVOLUTAS

§ 1.418. § 1.419. *Conceito de terras devolutas.* 2. Posseiro e propriedade.3.Deveres dos posseiros *Decreto-lei n.*

9.760, de 5 de setembro de 1946. 1. Terras devolutas. 2. Titulação dos posseiros. 3. Justificação da posse 4.Usucapião e direito formativo gerador

§ 1.420 § 1.421 - *Posse e propriedade.* 1. Segurança constitucional. 2. Função do Estado. 3. Transferibilidade *Registro das terras. 1.* Propriedade individual ex surgente. 2 Processo **TERRAS DE SILVÍCOLAS**

CAPÍTULO IV

PERDA DA PROPRIEDADE DOS APARTAMENTOS

PARTE VIII

Compáscuo

CAPÍTULO 1

COMPÁSCUO E DIREITO DAS COISAS

Parte IV. Condomínio (comunhão “pro indiviso”)

CONCEITO E ESPÉCIES DE CONDOMÍNIO

§ 1.272. Comunhão e compropriedade

1.FONTES DA. COMUNHÃO. A comunhão pode surgir de se haver criada ou construído em comum; porém, quanto a prédios, não é possível pensar-se no direito brasileiro em obra comum que suscite a comunhão: só é comum o edifício, como parte integrante do imóvel, se já o era o terreno, ou se vem a tornar-se em comum. Cria-se em comum a empresa, cria-se em comum a obra literária, científica, artística, ou industrial, edifica-se casa de madeira transportável, o pavilhão, o carro; e há, por isso, compopriedade mobiliária. Não se faz comum o terreno a despeito de serem as edificações feitas por duas ou mais pessoas das quais só uma é dona do terreno. Dá-se o mesmo a respeito do aqueduto, que somente passa no terreno de um, ou que passa nos terrenos de duas pessoas, sem comunhão. Aliás, a indagação do fim é sem interesse prático. O terreno não se faz comum se o dono e quem com ele colaborou na construção tinham o intuito de tornar comum o terreno. Ainda se houve promessa de venda da parte, ou contrato de venda sem acordo de transferência, o dono do terrena somente se obrigou; não fez comum o terreno. Daí pode sair a comunhão; pode sair a sociedade; mais: pode sair a sociedade

personificada.

Porém ainda não há comunhão, nem sociedade, nem, a *fortiori,* sociedade personificada. Pode sair a comunhão e evolver para a sociedade; e a sociedade fazer-se pessoa. Pode dar-se a transformação da soma terreno + obra feita em comum em sociedade personificada, sem a passagem pela comunhão. Ou a persistência da propriedade de uma só pessoa com a formação da sociedade para a exploração do edifício. O mesmo pode ocorrer com a nave, ou com a aeronave.

Se há comunhão do terreno, da nave, ou da aeronave, e sobrevém sociedade, os comuneiros, que entraram na sociedade, podem ficar sujeitos a deveres e obrigações sociais a que não se subordinavam os que não entraram na sociedade e somente locaram à sociedade, ou aos outros comuneiros, as suas partes; e esses comuneiros, que se não prenderam ao vínculo social, podem alienar as partes ideais, segundo os princípios. Pode dar-se que o contrato de armação somente sobre haja à comunhão, isto é, continue de haver apenas comunhão, a propósito da ave, se bem que se haja estabelecido a sociedade de armação (cf. A. SCIALOJA, *Corso di fliritto defla Navigazione,* 381 *si)*. No Código Comercial, art. 485, diz-se: "Quando os compartes de um navio fazem dele uso comum, esta sociedade ou parceria marítima regula-se pelas disposições das sociedades comerciais... salvo as determinações contidas no presente Titulo". Tal ad. 485 só se refere aos condôminos que entraram na sociedade ou parceria marítima. O art. 486 explicitou:

"Nas parcerias ou sociedades de navios, o parecer da maioria no valor dos interesses prevalece contra o da minoria nos mesmos interesses, ainda que esta seja representada pelo maior número de sócios e aquela por um só.

Os votos computam-se na proporção dos quinhões; o menor quinhão será contado por um voto: no caso de empate decidirá a sorte, se os sócios não preferirem cometer a decisão a um terceiro" (cp. Código Civil, arts. 635-637).

As três opiniões um só direito, cujo conteúdo se divide em quotas; propriedade una, com pluralidade de sujeitos, B. WINDSCHEIIY *(Lehrbuch,* 9 A ed., 7048. e 861) quase personalidade são de repelir-se. A segunda reflete a concepção da *oommunio juris* germânica. Em verdade, o que há é pluralidade de direitos reais cada um deles com o seu titular.

Devem-se também repelir: todas as concepções que façam proprietário

ente abstrato, ainda incerto (*incertum* 7

corpus), ficando os condôminos como simples titulares de direitos futuros, ou em potência; e todas as concepções que afirmem que somente após a divisão se sabe de que parte é dono o condômino, inversão no tempo, que, à semelhança daquelas concepções, revela pendores metafísicos insuperáveis. O condômino é dono *pro parte,* durante a comunhão, *manente communione,* e deixa de ser condômino, passa a ser dono exclusivo, exatamente quando a comunhão cessa. Ora, nada mais absurdo do que se definir *o que* é pelo que *terá de ser, quando deixar de ser.* É definir-se o vivo descrevendo-se o cadáver.

2.COMUNHÃO VOLUNTÁRIA E COMUNHÃO ACIDENTAL.

a) A comunhão pode ser voluntária ou acidental, conforme se constituí por vontade dos figurantes, ou em virtude de lei, ou ato criativo de terceiro. A comunhão voluntária de bem imóvel surge de contrato dos futuros comuneiros com o dono do imóvel, pelo qual adquirem as partes do imóvel, ou do contrato entre cada comuneiro e o dono ou algum dos donos do imóvel, pelo qual cada um adquire *pra parte* a coisa. Quando o cônjuge ou cônjuges compram o prédio todo, a comunhão estabelece-se por força do regime; mas pode dar-se que figurem os dois na compra e a incidência da regra jurídica de comunhão já encontra o estado de bem comum. A comunhão também pode nascer da ligação de dois ou mais imóveis, se passam a ser uma só *res: aí,* há contrato entre dois ou mais proprietários com o fim de integração dos terrenos e mais partes integrantes, quiçá, também) pertenças. Tal contrato de união torna A, que era dono de a, condômino de abo, E, que era dono de *b,* condômino de *abe,* e C, que era dono de e, condômino de *abe.* Há aquisição e alienação, porque A adquiriu um terço de b; mas A perdeu dois terços de a, E, dois terços de b, e C, dois terços de o. O negócio jurídico é plurilateral. b) A comunhão nasce da lei quando sobre o suporte fático relativo a duas ou mais pessoas incide a regra jurídica que faz comum o objeto; *e.* g., A e E usucapem *pra parte,* A e B descobrem o tesouro; em caso de comissão, A e B herdam de alguém a coisa. c) A comunhão nasce de ato criativo de terceiro se A e E recebem legado de O. Primeiro, há comunhão da coisa (art. 1.692) ou do direito de pedir (art. 1.690 e 1.691) entregue o legado, há comunhão da própria posse da coisa (Composse).

1.278. A FIGURA DO CONDOMÍNIO

A comunhão hereditária independe da aceitação (artigo 1.572) : se há renúncia ou deserdação, é como se não tivesse havido, salvo se a houve entre os outros herdeiros. A comunhão oriunda de doação a duas ou mais pessoas é incidental.

3.PLURALIDADE SUBJETIVA. Se há propriedade da coisa mas corresponde a duas ou mais pessoas em comum, trata-se de comunidade por quotas, ou de comunidade de mão comum, e na dúvida presume-se por quotas iguais. À propriedade por quotas é que se chama compropriedade, ou, se o direito é de domínio, condomínio. Cada proprietário tem a sua quota. Se a aquisição dos frutos só se dá com a separação, o comproprietário nesse momento adquire a compropriedade dos frutos. Na comunhão de propriedade em mão comum, não há compropriedade propriamente dita, porque há algo de mais intimizante da comunhão, tal como acontece com a comunhão matrimonial de bens e a da herança. Um dos efeitos diferencia-dores em relação à compropriedade está em que o ad. 623, III, de regra não é invocável.

Pode dar-se que só uma pessoa apareça como proprietário, por ter sido alienada a coisa, *ineficazmente,* a certas pessoas *(e. g.,* se o devedor comum aliena a coisa pertencente à massa concursal, se o proprietário do imóvel o aliena a despeito de haver prenotação a favor de outrem). Em nenhum desses casos há condomínio ou comunhão.

No condomínio cada condômino tem a sua quota, *pais dominica.* que se presume igual às do outro, ou às dos outros Se a aquisição dos frutos se dá com (a só separação, a compropriedade deles surge nesse momento. A administração da coisa compete a todos, ou a quem for entregue, por deliberação da maioria; mas qualquer dos condôminos pode tomar as medidas necessárias à conservação da coisa. As deliberações tomadas por maioria irradiam efeitos reais, deveres e obrigações *propter rem;* mas, tratando-se de bem imóvel, hão de constar do Registro. O sucessor singular pode, contudo, invocar a deliberação não registrada, se lhe é favorável.

A regulação é explicitação do conteúdo variável do exercício do direito. Portanto, não é restrição à disposição, nem retificação do Registro (F. KRETZSCHMAR, Die rechtliche Natur der im § 1010 BGB. bezeichneten Eintragungen, *Das Rech,t,* VI, 225 5.; GÚTHE-TRIEBEL, *Grundbuchordnung,* 5. ed. 1998; HANS REICHEL, Die Vormerkung, *Jherings Jahrbúcher,* 46, 77) ; nem é pormenor do conteúdo do direito, pois pode dar-se que só o exercício é que se regule (K. ENGLÁNDER,

Die regeimtissige Rechtsgemeinschaft, 213) ; nem a obscura pretensão pessoal com ponta real (persönlicher Anspruch mitdinglicherSpitze) de STETNRAUS *(Gruch,ots Reitrdge,* 63, 702 s.) nem gravame da quota, como sugeria MARTIN WOLFF *(Lehrbuch,* 27.& 32 Y ed., 300). I preciso distinguirem-se o que restringe o conteúdo e o que restringe o exercício. Antes do Registro, qualquer regulação para os condôminos é vinculativa, no plano dos direitos pessoais; após ele, real. Se os condômino s regularam a administração e o uso, ou só o uso, ou só a administração, ou se excluiram, por cedo tempo, a suprimibilidade da comunhão, atendendo-se, é claro, ao artigo 629, parágrafo único, ou estipulando prazo de denúncia, tais cláusulas somente tem eficácia real depois do Registro, inclusive quanto ao sucessor singular do condômino. Tratando-se de despesas feitas por algum dos condôminos, dá-se o mesmo. Diz o art. 285 do Decreto n. 4.857, de 9 de novembro de 1939 (Decreto n. 370, de 2 de maio de 1890, ari. 75; Decreto . 18.542, de 24 de dezembro de 1928, art. 270): "Serão, também, averbadas, à margem das respectivas transcrições, a mudança de numeração, a edificação, a reconstrução, o desmembramento, a demolição, a alteração do nome por casamento ou desquite, ou, ainda, *quaisquer outras circunstâncias* que, por qualquer modo, afetem o Registro ou as pessoas nele interessadas".

§ 1.273. Figura do condomínio

1. CELSO E A SUA CONTRIBUIÇÃO. Já vimos antes como duas ou mais relações jurídicas de domínio podem recair em objeto que é também objeto de todas, sem haver contradição entre os enunciados dessas relações. Se disséssemos: "A é o dono de toda a coisa a, B o dono de toda a coisa a", "C é o dono de toda a", haveria contradição. Foi isso o que CELSO pôs claro: "In solidum dominium vel possessionem esse non posse" (L. 5, §

15, D., *commodati vei contra,* 13, 6; L. .66, § 2, IX, *de legatis* a *fideicornmissis,* 31; L. 50, pr. D., *de legatis et Iideicommissis,* 30; L. 7, § 3, O., *de liberali causa,* 40, 12).

§ 1.278. A FIGURA DO CONDOMÍNIO

Porém não há contradição em que se de a figura esboçada pelo próprio CELSO ou esquemada no § 15. "Se a dois se houvesse dado em comodato um veículo, ou em arrendamento juntamente, escreveu CELSO, o filho, no livro sexto do Digesto, que se podia perguntar se

ficará acaso cada um deles obrigado pelo todo ou por sua parte *(in sohdum, an pro parte teneatur).* E disse que certamente não pode ser de dois integralmente o domínio ou a posse *(duorum quidem in solidum dominium vel possessionem esse nau posse),* nem qualquer ser dono de parte da coisa, mas sim ter o domínio de toda a coisa, por parte, sem dividir *(neo quem quam partis corporis dominum esse, sed totius cor poris pro indiviso pra parte dominium habere).*

"Na verdade, o uso de um banho, de um pórtico, de um campo, é inteiramente de cada um, porque eu não uso menos do que outro usaria; porém, quanto ao veículo, que se deu em comodato, ou em arrendamento, por certo, tenho eu, com efeito, o uso parcial, porque não ocupo todos os sítios do veículo; todavia disse que é mais verdadeiro que devo prestar, quanto ao todo, pelo dolo, culpa, diligência e custódia. Por isso se hão de ter, de certo modo, dois obrigados, e, âe um houver satisfeito, liberou o outro; e a ambos compete a ação de furto".

Assim falou ULPIANO, na L. 5, § 15, D., *commodatz vel contra,* 13, 6, tirada do livro 28 *ad edictum.* À nossa exposição o que importa é essa concepção da *pluralidade das relações jurídicas,* a que CELSO não dera (nem podia dar) a expressão contemporânea, porém para a qual se lhe deve o primeiro passo Se nos lembramos das figuras do Tomo XI, § 1.177, facilmente avaliamos o que descobrira, em análise lógica do conceito de condomínio, CELSO, o moço, que foi cônsul, pela segunda vez, em 124.

CELSO levou em conta que a coisa, juridicamente, é *um dado,* e não se poderia ter o veículo *até o meio,* nem o fundo, desde o limite do lado esquerdo *até a terça parte da área retangular.* Porque seria dividir a coisa, fazê-la duas ou mais coisas, o que seria contra a hipótese, que é a da unidade da coisa. Tão pouco, seria possível, pela invencível contradição, que cada um dos condôminos ou compossuidores fora dono único, total, da coisa, *in solidum,* disse ele. De modo que a coisa é uma só e objeto do direito, porém pra *parte:* "dominium totius corporis", mas com a explicitação de haver outras relações jurídicas semelhantes, que seriam incompatíveis entre si, se não fossem *pra parte.* Sendo indivisa, pela convergência parcial e a unidade da coisa, a comunhão, cada um tem o seu direito de propriedade *parcialmente* sobre toda a coisa: "totius corporis pro indiviso pro parte dominium". Não se partem as pretensões, nem as ações, nem as faculdades: o conteúdo continua intacto; tudo se passa no quantitativo, na extensão, que a lei permitiu ser diferente de 1 (unidade). Podia não permitir, como a respeito de tantos outros direitos. Tem-se dito que o condômino não pode alienar a coisa. claro! Seria, se pudesse fazê-lo,

alienar o seu *e o alheio,* alienar coisa alheia que está com a sua. Pode alienar a sua "parte", isto é, o que é seu. A vedação de alienar a coisa não é limitação, nem restrição, é aplicação pura dos princípios que regem a propriedade em geral. Adiante, § 1.274, 3. 2.CELSO, INOVADOR. CELSO preparou-nos para ver pluralidade de relações, em vez de partes do conteúdo.

A esse mesmo CELSO deve-se o constituto possessório (L. 18, pr., D., *de adquirenda vel amittenda possessiane,* 41, 2), descoberta de valor, a despeito do que pensava R. VON JHERINO *(Der Besitzwille,* 211 s.), que a considerava "concepção frustrada", perturbadora da inteligência das coisas. Em todo o caso, o Código Civil é explícito (art. 494: "A posse pode ser adquirida: IV. Pelo constituto possessório"). Também é dele a exigência de ser justo o título para se usucapir com fundamento no art. 551 do Código Civil, em vez de *bastar* o crer-se no justo título: L. 27, D., *de usurpationibus et usucapionibus,* 41, 3, *versus* NERÁCIO, na L. 5, li, *pro suo,* 41, 10, tese e antítese de que saiu a síntese defeituosa de JULIANO, na L. 11, D., *pra emptore,* 41, 4. Também a CELSO

se deve a norma de liberação do devedor em mora pela entrega da coisa (A. PERNICE, *Labeo,* II, 138 s.). Era o jurisconsulto das idéias próprias (cf. L. 32, D., *depasiti vel contra,* 16, 3; § 12, 1., *(te tegatis,* 2, 20).

3.AS RELAÇÕES JURÍDICAS DO CONDOMÍNIO. Temos, pois, que a relação jurídica da comunhão, no condomínio, é múltipla; há tantas relações jurídicas quanto os condôminos; e a construção de cada domínio é a de qualquer domínio, apenas, aí, *totius corporis pro indiviso,* de toda a coisa indivisa, mas *pro parte.* A pluralidade de relações provém de ser uma só a coisa, porém muitos os sujeitos; a indivisão provém de não estar dividida a coisa; e o *pro parte* significa que se mantém a base para cálculo, em vez de se discriminarem partes: dono de

"parte" e dono *pro parte* são conceitos diferentes. Na comunhão *pro diviso* essas considerações ganham maior relevância prática. Parede meia é parede-parte. Parede-meia é parede *pro parte,* mas divisa.

Assim, a respeito de condomínio, temos de partir do enunciado de que cada condômino é titular de domínio, sujeito ativo em relação (independente) de domínio.

Quem adquire bem em comum não se obriga a relações com os outros comuneiros, nem, sequer, a usar ou fruir a coisa. Pode desinteressar-se

inteiramente de qualquer exercício do direito real. Se quer exercer ou se os outros comuneiros querem exercer, então se caracteriza a necessidade de regulação, de que nascem deveres e, pois, direitos. Se adquirem partidas de frutas e um dos comuneiros as consumiu, consumiu-as como qualquer terceiro as consumiria, no que não lhe cabia (= fora da sua quota). Não é isso só o que ocorre se há sociedade. Se compraram, juntos, A, B e O o automóvel, são comuneiros, e até que se regule o exercício dos direitos de dono não há mais do que comunhão. Se depois se estabelece que A, médico, o use durante a noite, e B, advogado, de dia, de 12 às 4 horas, e O percebe o que render o automóvel na praça, de 5 às 7, gastos por sua conta, ainda se está no plano da comunhão. Se os três combinaram que contratarão motorista, entrando com as despesas em partes iguais, para explorar o automóvel, durante dois anos, sendo as despesas e impostos comuns e os lucros divididos em partes iguais (ou diferentes), há, de regra, sociedade. Se apenas o usam conforme combinação prévia, para poupar gastos (o que não se confunde com o ganho; com razão, L. RAMPONI, *Deita Comunione di Proprietá,* 43

s., e W. BIGIAVI, *La Professtonatita dell"imprenditore,* 112 s.), há, apenas, comunhão. Elemento distintivo, que se há de levar em conta, para a sociedade, é existir frente aos outros, ainda na sociedade de fato, o vinculo, ao passo que a comunhão é só interna, salvo no que é o lado positivo da relação jurídica a sujeito passivo plural. Os que, condôminos, se obrigam a plantar x pés de café cada um, sendo comuns as despesas de material e os lucros, mas de cada um as despesas de plantação e colheita, contrataram sociedade, porque se impuseram certa atividade produtiva (O. AULETTA, *Appunti,* 26). Se, depois, de acordo, cada um passa a fazer seus os frutos, a sociedade cessa, e há comunhão *~pro indiviso* com posse de partes divisas; bem assim, se passam apenas a gozar em comum os frutos da coisa (cp. O. VALERI, *Manuale di Diritto comer-date,* **1, 82,** e V. SAIJANDRA, *Manuale di Diritto comnterciaie, ir,* 124). (a) A comunhão pode ser de domínio (condomínio) e pode ser de outros direitos reais, a começar-se pela enfiteuse. Usufruto, uso e habitação podem ser em comunhão. Também aqui cada comuneiro é usufrutuário, ou usuário, ou habitador, *pro parte.* O que estabelece necessidade de regulação é o exercicio, pois que a coisa é uma só e dois ou mais os que dela tem o uso e o fruto, ou só o uso, ou só a habitação.

Não há senhoria coletiva, nem quase-personalidade, nem, a *fortiori,* personalidade. Também aqui pode sobrevir composse, ou posse de partes indivisas. Se um só dos usufrutuários, ou usuários, ou habitadores recebeu a coisa, só ele tem posse: ainda não há composse. Composse há quando outro dos co-usufrutuários, co-usuários, ou co-

habitadores toma posse da coisa: composse a dois. Se há terceiro, que toma posse, há composse a quatro. Essa composse pode transformar-se em posses de partes divisas, o que entra no conceito de regulação do exercício do direito real.

(b) Quando algum prédio é objeto de duas ou mais servidões semelhantes, a favor de dois ou mais prédios, não se dá a comunhão do direito real de servidão (cp. PAULO, na L. 19, § 2, D., *communi dividundo,* 10, 3: "Se por um mesmo lugar se nos deve passagem e nela se fez despesa, disse Pompônio que é duro poder-se intentar ação de divisão, *comnvuni dividundo,* ou de sócio, *pro socio:* pois j,que comunhão de direito se pode entender separadamente? Mas é de exercer-se a ação de gestão de negócios". Há comunhão de servidão se o prédio do Dhinante é em condomínio, se bem que haja quem entenda só haver, aí, comunhão de exercício (L. BARASSI, *Corso di flezioni suila Comproprietá,* 75 5.; L. SALIS, *La Comunione,* XVI s.), o que é falso, pois há pluralidade de titulares de direito de propriedade e, pois, pluralidade de direitos de servidão, em comum. De regra, com a divisão do prédio comum, há tantas servidões quantas são as novas coisas feitas com as partes: em vez de pluralidade de titulares, em comunhão, pluralidade de servidões.

(c)Tratando-se de usufruto, pode dar-se que ele seja *pro parte,* sem existir outro direito real limitado: usufrutuário. por direito real limitado, é E, a favor de quem se constituiu o usufruto, e o outro usufrutuár io é o proprietário, que é titular de direito que (ainda) contém o de usufruto. Há comunhão até certa altura ou extensão (comunhão inigual). Passa-se o mesmo a respeito do usufruto e da habitação.

(No direito romano, admitia-se comunhão de penhor (L. 7, § 6, D., *com‟muni dividundo,* 10, 3: "Si duo sint qui rem pignori acceperunt aequissimum esse utile communi dividundo iudicium dari~‟). No direito contemporâneo, discute-se a matéria e há quem o negue quanto ao penhor e quanto à hipoteca: se A e E são os credores e a hipoteca garante o crédito, há pluralidade de créditos- garantidos na mesma hipoteca; se A e E são os credores e a coisa empenhada fica em composse com A e E, há comunhão do penhor, ainda que não haja, *in oasu,* uso da coisa ou percepção dos frutos. A impossibilidade de comunhão de créditos não importa em impossibilidade da comunhão da garantia pignoratícia. Nem o conceito de acessoriedade impõe, por si só, tal inaptidão do direito real a estruturar-se como direito real em comunhão. Se um dos credores pignoratícios renuncia aos frutos ou ao uso da coisa empenhada, aumenta o objeto do direito de fruição ou de uso.

(e) No compáscuo, que o Código Civil de modo nenhum conceitua, necessariamente, como complexo de servidões recíprocas (sem razão, por exemplo, F. 5. BIÁNCRI, *Corso,* IX, 3, 1117), nem como concorrência de direitos especiais diferentes, há comunhão, se não se concebeu como em servidão (art. 646).

(f)A comunhão matrimonial de bens é de tipo germânico, e não romano. Na linguagem vulgar, que também é a do legislador, diz-se sociedade conjugal o que se estabelece entre cônjuges, com ou sem a comunhão de bens. As regras jurídicas concernentes a elas são especiais e delas se cogitou no Tomo VIII. É a *communio iuris qermanici* que inspira o Código Civil, nos arts. 259, 260, 1, 2 *42-268,* 269, 273-275 e 288.

(g)A comunhão naval está regulada nos arts. 487-489 e 494 do Código Comercial. “Achando-se um navio necessitado de conserto e convindo neste a maioria, os sócios dissidentes, se não quiserem anuir, ser ão obrigados a vender os seus quinhões aos outros compartes, estimando-se o preço antes de principiar-se o conserto; se estes não quiserem comprar, proceder-se-á à venda em hasta pública” (art. 487). “Se o menor número entender que a embarcação necessita de conserto e a maioria se opuser, a minoria tem direito para requerer que se proceda à vistoria judicial: decidindo-se que o conserto é necessário, todos compartes são obrigados a contribuir para ele” (art. 438). “Se algum comparte na embarcação quiser vender o seu quinhão, será obrigado a afrontar os outros parceiros; estes tem direito a preferir na compra em igualdade de condições, contanto que efetuem a entrega do preço à vista, ou o consignem em Juízo no caso de contestação. Resolvendo-se a venda do navio por deliberação da maioria, a minoria pode exigir que se faça em hasta pública” (art. 489). “Todos os proprietários e compartes são solidariamente responsáveis pelas dívidas que o capitão contrair para consertar, habilitar e aprovisionar o navio; sem que essa responsabilidade possa ser elidida, alegando-se que o capitão excedeu os limites das suas faculdades ou instruções, se os credores provarem que a quantia pedida foi empregada a beneficio do navio (ad.

517). Os mesmos proprietários e compartes são solidariamente responsáveis pelos prejuízos que o capitão causar a terceiro por falta de diligência que é obrigado a empregar para a boa guarda, acondicionamento e conservação dos efeitos recebidos a bordo (art. 519). Esta responsabilidade cessa, fazendo aqueles abandono do navio e fretes vencidos e a vencer na respectiva Viagem. Não é permitido o abandono ao proprietário ou comparte que for ao mesmo tempo capitão do navio” (art. 494). Construiu-se a comunhão naval à semelhança da *communio* romana, e não da germânica, a despeito de

ser maior a coesão entre os comuneiros da nave do que entre os comuneiros do Código Civil, mas apenas quantitativamente.

§ 1.274. Comunhão total e comunhão de parte da coisa

1.COMUNHÃO DA COISA TODA; COMUNHÃO DE PARTE DA COISA. A comunhão pode ser da *coisa toda,* ou só de *parte da* coisa. Se A e B compram prédio, pagando o preço x, por metade, A e B são condôminos, e o objeto do seu direito é a coisa toda. Pode dar-se, porém, que a lei faça AR comuneiros da parede divisória com C, proprietário do prédio vizinho, ou do átrio, ou pátio, ou tanque, ou cisterna, ou tal comunhão resulte de fonte negocial.

2.COMUNHÃO UNIVERSAL, COMUNHÃO PARCIAL, COMUNHÃO TOTAL. A comunhão pode ser *universal,* e então abrange todos os bens que hão de ser submetidos a determinado regime *(e.* g., comunhão universal entre marido e mulher), e pode ser *parcial,* se somente apanha certos bens; mas tal dicotomia não se confunde com a que separa a comunhão total (de toda a coisa ou grupo de coisas) e a comunhão de parte de coisa, que não alude a regime. O regime submete a comunhão especial, sujeita-a a regras jurídicas que são as do regime.

3.COMUNHÃO DE ELEMENTOS DO DOMÍNIO. A comunhão pode recair num só ou em alguns elementos, ainda *no tempo,* da propriedade (co-usufrutuários, co-usuários, co-enfiteutas, co-fiduciários). Não há, então, comunhão do domínio, mas do usufruto, ou do uso, ou do domínio útil, ou da propriedade fiduciária. Entre usufrutuário e dono „não há comunhão; nem entre dono e foreiro (enfiteuta), ou entre fiduciário e fideicomissário.

Há comunhão sempre que sobre o mesmo bem da vida, *e. g.,* sobre o bem imóvel, duas ou mais pessoas são titulares de direito. Se o direito passa a outra pessoa, ou se todos os direitos passam à mesma pessoa, extinguindo-se a comunhão, há diferença apenas quantitativa, ou muda a fração, ou a unidade exsurge. *É* a comunhão, isto é, o fato de terem de ser exercidos dois ou mais direitos sobre a mesma coisa, que determina alterações no *poder de gestão,* porém não seria exato afirmar-se que o direito, em si, diminua, ou que seja diferente, como parece sustentar MÁRIO DOSSETTO *(Teoria delia Camuniane,* 59)

É preciso que se não confundam o plano da existência e o plano da

eficácia, ai do exercício do direito. As compressões e modificações que tem de sofrer o exercício dos direitos não atingem a estrutura mesma desses direitos. Cada comuneiro é dono, é proprietário, mas proprietário *pro parte,* tal como está em CELSO (L. 5, § 15, O., *commodati vel contra,* 13, 6): "Si duobus vehiculum commodatum sit vel locatum simul, Celsus filius scripsit libra sexto digestorum quaeri posse, utrum unusquisque eorum in solidum an pro parte teneatur. et ait duorum quidem in solidum dominium vel possessionem esse non posse: nec quemquam partis corporis dominium esse, sed totius corporis pro indiviso pro parte dominium habere". O texto é todo de CELSO; as interpolações vêm depois disso e não lhe alteram o sentido. Não pode ser de dois, no todo, o domínio, nem a posse. Nem qualquer dos comuneiros é dono de parte, é dono de parte de toda a coisa, sem divisão (sed totius corporis pro indiviso pro parte dominium habere). *Dominus pra parte,* não *daminus in salidum.*

A argumentação contra a doutrina corrente no sentido de não ser *res* a parte indivisa, a quota ideal, de jeito que há contradição intima na concepção romana, peca por estranho materialismo, porque põe o problema no mundo dos fatos, mais precisamente no mundo dos objetos fáticos (em contraposição ao mundo dos objetos jurídicos) e desatende a que direito é efeito, já ocorre no mundo jurídico. A concepção romana já corresponde a grau elevado na evolução matemática, ao passo que os críticos se apegam a geometria primitiva. Daí entenderem que seria preciso, ao lado dos titulares das propriedades das quotas existir titular da propriedade da *res* (a coletividade dos comuneiros, para L. RAMPONI, *Delia Comunione di praprietà,* 6 s.; pessoa jurídica da comunhão, R.

LUZZATO, *La Compra prietà nel diritto italiano,* n. 20). Todas essas tentativas são provas de tendências metafísicas ou retóricas, que se atêm ora a concepção do domínio como direito necessariamente sobre toda a coisa, ora de absolutividade do direito que não permitiria indivisão da coisa. O direito de domínio é indivisível e absoluto; mas exatamente o direito, de que se trata, indivisível e absoluto, somente recai na quota. Para sistema jurídico, como o brasileiro, que concebe a propriedade intelectual, não há dificuldade em se irradiarem dos fatos jurídicos direitos, pretensões e ações só referentes a parte divisa. Não se precisa e de modo nenhum seria aconselhável que se criasse a comunhão "coletividade dos comuneiros", ou o "domínio coletivo". Tão pouco corresponde *à* concepção romana, que é a dos arts. 623-645 do Código Civil, a da titularidade múltipla de direito de propriedade sobre toda a coisa (A é dono da casa, B é dono da casa, C é dono da casa, embora os três sejam os condôminos), como sugerem alguns *(e. g.,* V. SCALOJA, *Diritto romano, Proprietà,* 715 s.; *Teoria deita*

Praprietá, 432) seria o *in solidum dominium.* Nem foi, sequer, a do primitivo direito romano em que qualquer dos comuneiros podia alienar toda a coisa se algum dos outros a tempo o não impedia (Cf. GAIO, III, 154 *a* e b; cf. V.

ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di Diritto romano,* 226 s.). Seria absurdo que, procedendo-se à divisão, ou a distribuição do preço da coisa, cada um só recebesse o que *era* a sua parte. Não há co-titularidade do mesmo direito; há plurititularidade de direitos que acontece serem sobre a mesma coisa, sem contradição nem concorrência. O que se passa, após essa plurititularidade, é comunhão de direitos, de que resulta certa dependência quanto ao exercício e à regularização dele, A semelhança porém não identicamente das limitações e restrições entre vizinhos.

De passagem, lembremos que também houve quem negasse à comunhão de propriedade a natureza de titularidade de direito real, de modo que só ao tempo da divisão seria proprietário cada comuneiro. Para se construir tal monstrengo doutrinário, ter-se-ia de pensar em eficácia *ex tunc* da sentença de divisão ou de partilha. Mas os que lançaram tal conceituação olvidaram-se de caracterizar o que como estrutura jurídica *foi* direito à comunhão.

A concepção da pluralidade de titulares de um só direito de domínio teria data anterior ao sexto século antes de Cristo, se é que corresponde exatamente a algum momento histórico do direito romano. Porque o próprio direito do tempo em que qualquer comuneiro podia vender a coisa se outro não o impedisse a tempo não era, necessariamente, conseqüência daquela concepção do domínio único com dois ou mais titulares.

A evolução que se operou, antes do século quatro antes de Cristo, no direito clássico e no pós-clássico, não alterou a estrutura do direito dos condôminos, foi no plano da eficácia, para mais se atender ao interesse coletivo em vez de ao interesse individual.

Sobretudo, é preciso que, a pretexto de se explicar a comunhão, ou as associações e sociedades não-personificadas, se quebrem as linhas discretivas, nítidas, do conceito de personalidade jurídica, que sem razão alguns acusam de demasiado rígido. Também aqui se nota, principalmente em juristas italianos, certa regressão ou tendência regressiva à época em que ao direito romano faltava conceito geral de personalidade jurídica, aludindo-se a personalidade “incompleta” e outras noções intercalares entre ser e não-ser, campo fácil à metafísica e à retórica.

§ 1.275. Condomínio e domínio pleno

1.DIREITO PLENO. Quem diz condomínio admite que duas ou mais pessoas tenham direito pleno sobre o bem.

Não é a mesma a relação entre o senhor do prédio e o usufrutuário. A plenitude desse direito é, certamente, atenuada por exigências de ordem constitucional ou legal; porém não são elas bastantes para se apagar o conceito de direito pleno.

2."IUS UTENDI" E "IUS FRUENDI". Os condôminos não tem direito de usar e abusar da coisa como se os outros não existissem; essa contingência, em vez de ser exceção ao *jus utendi* e *abutendi,* o confirma, pois, se pudesse cada um usar e abusar sem considerar o outro ou os outros condôminos, teria mais jus do que aquele que está na relação jurídica em que é titular de direito.

3. COMPROPRIEDADE. A compropriedade é propriedade, no sentido da lei, *direito real,* de eficácia perante todos, de acordo com os princípios do direito dos Registros, notadamente as *regras de publicidade.* Porém não somente com elas.

§ 1.276. Relações extensionais entre condôminos

1.RELAÇÕES QUANTITATIVAS. Todas as relações entre condôminos são *quantitativas;* e a quantidade concerne as dimensões do objeto, ou às suas condições topológicas (geográficas), ou ao tempo.

2. **PRINCIPIO** DA IGUALDADE DOS CONDÔMINOS. À base da construção jurídica concreta de cada condomínio está o *rindpia da igualdade dos condôminos.* Segundo Ele, tudo que concerne a quota, duração e direito ou deveres dos condôminos se presume o mesmo para cada um deles. a igualdade que se presume em toda comunhão. O princípio que apenas assenta ter-se cada condômino como os demais, se não se fêz prova em contrário, não é simples máxima geral de experiência, nem simples presunção *hominis,* conteúdo de regra jurídica escrita sobre presunção *(praesumptio iuri tantum).* Não precisaria ser inserta na lei civil dos países, para que fizesse parte do direito civil, pOsto que outros sistemas jurídicos tenham preferido a explicitude, como o brasileiro, ad. 689: "Nos casos de dúvida,

presumem-se iguais os quinhões", como o chinês, artigo 817, alínea 2Y, do Código Civil: "As quotas partes, em caso de dúvida, presumem-se iguais", e como o alemão, § 742: "Em caso de dúvida, é de admitir-se que aos comuneiros competem partes iguais".

As quotas presupõem-se iguais. Presunção *juris tantum,* diz-se. Melhor é dizer-se que o ad. 639 é regra jurídica interpretativa que se pode ler como se lá estivesse escrito: se não foi estabelecido quais os tamanhos das quotas, tem-se por iguais; ainda se há dúvida. Em GAIO (III, 150) está: "(Et) illud certum est, si de partibus lucri et damni nibil inter eos convenerit, (tamen) aequis ex partibus commodum et incommodum inter eos commune esse.

Sed si in altero partes expresne fuerint, velut in lucro, in altero vero omissae, in eo quoque quod omissum est, similes partes erunt". Está-se a perceber a exemplificação de principio geral dispositivo sem se aludir a presunção. Na L. 43, D., *de **UU** fructa et quemadmodum quis utatur fruatu.r,* 7, 1, ULPIANO disse: "Também se pode legar o usufruto de parte dos bens; todavia, se não se fêz especialmente menção da parte, compreende a metade dos bens (si tamen non sit specialiter facta partis mentio, dimidia para bonorum continetur)". Na L. 9, §

12, D., *de heredibus instituendis,* **28, 5,** ULPLALNO pôs a regra jurídica concernente aos herdeiros: "si plures instituantur", divide-se entre eles o de que dispos o testador; em partes iguais, se dispôs, sem dizer qual a quota de cada um, "si non fiat, omnes aequalis heredis sunt" (cp. art. 1.671: "Se o testamento nomear dois ou mais herdeiros, sem discriminar a parte de cada um, partilhar-se-á por igual, entre todos, a porção disponível do testador"; ad. 1.674: "Se forem determinados os quinhões de uns e não os de outros herdeiros, quinhoar-se-á distribuidamente, por igual, a estes últimos o que restar, depois de completas as porções hereditárias dos primeiros"). Na L. 164, D., *de verborum significatione,* 50, 16, ULPIANO enuncia que a partição nem sempre significa partir-se pelo meio, e sim o que se acrescentou; mas, se não se disse qual a porção, se não foi adjecta a porção (= quantificada expressamente), deve-se por metade: „.... si non fuerit porto adiecta, dimidia pars debetur".

Hoje, juristas falam em presunção; não é bem isso o que se estabelece. Lança-se regra jurídica dispositiva, ou regra jurídica interpretativa. Se a manifestação de vontade pode ser por fatos concluentes, ou atos, vem antes da produção da prova, conforme os princípios que incluem uns meios e outros não, ou admitem todos: somente após a verificação do peso delas, se há dúvida, é que cabe invocar-se o art. 639.

No Código Civil alemão, § 742, também se diz que, em caso de dúvida, é de entender-se que as partes dos comuneiros são iguais. A regra jurídica também é, em tal sistema jurídico, interpretativa.

O art. 689 não incide: *a)* se, em virtude de lei, a comunhão há de ser em quotas diferentes ou iguais; *b)* se foi estabelecido, sem dúvida, pelos adquirentes das partes ou pelo terceiro (testador, doador), quais seriam os tamanhos das frações. São exemplos de a), as espécies dos arts. 607 e 609, 615 e § 1.0, e 643. Nas espécies *b),* há vontade diversa, indubitável, dos figurantes do negócio jurídico de que proveio a comunhão, ou do testador, ou doador.

A explicação da regra jurídica do art. 639 como de presunção *juris tantum,* que admite prova em contrário, inclusive a testemunhal (cp. L. SALIS, *La Comunione,* 48), é defeituosa. Aquele "presumem-se" do art. 689 é *incuria legis.* Na dúvida, admite-se *a;* não se disse que se admita *a,* se não se prova o contrário, porque não haveria dúvida.

Quando a relação jurídica de comunhão resulta de negócio jurídico unilateral (testamento, promessa de recompensa com a entrega da coisa a dois ou mais premiados) ou de negócio jurídico bilateral, tem-se de interpretar o escrito ou apurar o que foi expresso, em fatos ou atos, de vontade, se a forma escrita não é exigida.

Se alcança alguma determinação extensional da quota, não há pensar-se em invocação do art. 639. Somente se nada se colhe, ou se surge dúvida, que não se pode elidir, é que o art. 689 incide. Toda alusão a presunção perturba, portanto, a clara compreensão da regra jurídica interpretativa. A chamada "prova em contrário" e a

"prova da igualdade das quotas" já ficaram para trás; não há mais pensar-se em admissão de prova em contrário se, para invocabilidade do art. 689, a dúvida é pressuposto. No Código Civil italiano, art. 13 alínea, também se diz: "Le quote dei participanti alIa comunione si presumono eguali". Em vez de interpretarem o texto com a lição romana, ou a alemã, caíram os juristas na pesquisa da regra jurídica de prova, que ai, em verdade, não está: o "si presumono", como o "presumem-se", do Código Civil brasileiro, art. 689, não podem ser recebidos como se se tratasse, apenas, de estabelecimentos de presunção *juris vel iuris tantus (e. g., G.* BRANCA, *Deila Pra prietâ,* 86; no entanto, veja-se, para o direito romano, L. RAMPONI, *Delia Comunione,* 784). A discussão, no sistema jurídico italiano, deveria consistir em se saber se a regra jurídica do art. 1.101, **j□a** alínea, do Código Civil italiano, é dispositiva, ou, como a alemã e a brasileira, interpretativa A solução seria a primeira, se pende para interpretação

literal, pois, no texto italiano, não se fala de dúvida. Ter-se o art. 1.101, 13 alínea, como regra de prova, dificultaria a cassação, e vemos que a Cassação italiana (4 de junho de 1926) não se absteve de cassar julgado em que se não atendeu, por exemplo, a que o preço da coisa era 1 + 2 e não se entendeu caberem a quem deu dois terços (cf. N. e F. STOLFI, *Nuovo Codice civile,* III, 396; G. SCADUTO, *Commentario* de M.

D"AMELIO, 877). Só se há de pensar na regra jurídica do art. 689 depois que se desiste de prosseguir na investigação da vontade manifestada. De caminho, podem ter sido empregadas presunções *hominis* ou *iuri tantum.*

Quando se pronuncia o "non possumus" é que se lançam os olhos no art. 639.

A pesquisa prévia tem de examinar o que em verdade se quis e. se expressou, e não o que se quis e se não expressou ou se expressou sem se querer (reserva mental). Nem sempre a diferença de contribuição para o preço permite que não haja dúvida: é preciso que haja certeza sobre a relação entre as quotas e a diferença de partes no preço.

8. RESTRIÇÕES AO PRINCIPIO; ÔNUS DE AFIRMAR E DE PROVAR. Em virtude de existir a regra jurídica interpretativa da igualdade dos condôminos, a quem interessa a desigualdade tocam o ô *nus de afirmar* e o *ônus de provar,* de modo que não reste dúvida; por exemplo: que as partes de um ou de alguns não são iguais às dos outros, ou que todas são desiguais, bastando, porém, que prove as dimensões da sua parte, se não lhe interessa discutir as das partes alheias; que os direitos e deveres de algum, ou de alguns, são diferentes dos seus, devido à lei ou a negócio jurídico; que a parte de alguns, ou as partes de alguns se fracionaram. Os meios de prova são os da lei que rege o condomínio; de regra, os meios de prova da lei civil.

4.REGRAS DISPOSITIVAS. Registro E PARTES DOS CONDÔMINOS. O princípio de igualdade dos condôminos completa oral das normas *dispositivas* da lei a respeito de condomínio.

Quase todas (não todas) essas regras são *ins dispositivum.*

A regra jurídica do art. 639 é *interpretativa,* como a do Código Civil alemão, § 742. Discute-se se o *principio da igualdade dos condôminos,* de que o art. 689 do Código Civil nos dá expressão ("Nos casos de

dúvida, presumem-se iguais ou quinhões"), basta para que se considere preenchida a exigência do Registro de imóveis no sentido de serem iguais as partes. A resposta é, porém, negativa (O. WARNEYER, *Kommentar,* 1, 1178). O

Registro deve receber o texto tal qual é, sem poder o oficial se valer de regra interpretativa. Os interessados têm ação declaratória, fundada no art. 2.0, parágrafo único, do Código de Processo Civil. Dela hão de usar primeiro.

5 . O ART. 689 DO CÓDIGO CIVIL E A REDAÇÃO E FORMA DA CLÁUSULA. Discute-se se a atribuição de vantagens e cargos em porção desigual é elemento para se terem por desiguais as quotas. Afirmativamente, L.

RÂMPONI *(Deita Comunione,* 805 s., invocando a alínea 23 do art. 1.101 do Código Civil italiano, cp. Código Civil brasileiro, art. 688, que só se refere a frutos); negativamente, L. SALIS *(La Comunione,* 49 s.), porque a distribuição desigual das vantagens e dos ônus não importa, de si só, em desigualdade das quotas. Entende G.

BRANCA *(Deita Pra prietâ,* 39) que se devem distinguir os casos em que a distribuição das vantagens e Onus figurou no ato constitutivo, ou foi estado fático sucessivo, na prática entre os comuneiros; afirma a relação, na primeira espécie, e nega-a; na segunda. Não há, porém, por onde se sustentar que haja relação, salvo se outras provas da vontade existem, mas tais provas da vontade é que apontariam, is *casu,* ter existido a relação.

Se alguma indicação do tamanho das quotas há. no ato público ou formal (testamento por instrumento público, escritura pública de negócio jurídico unilateral ou bilateral), a obscuridade ou a ambigüidade tem de ser vencida, antes, pelos métodos de interpretação e prova das intenções dos figurantes, ou do figurante, conforme 6s arts.

1.666 e 85; somente depois de se chegar à conclusão de que a dúvida é inafastável é que se há de invocar o art.

639. Se não há qualquer indicação db valor das quotas, não se pode fazer prova que venha atribuir aos figurantes ou figurante vontade que não foi expressa, porque ficaria sem a forma exigida por lei a expressão da vontade.

Nem bastaria o comportamento posterior dos figurantes ou figurante se não se pode tratar a prova como esclarecimento do que se manifestou no escrito formal. Se nenhuma alusão há à diversidade das quotas, não se pode pensar em prova por escritos a formais ou por testemunhas; mas é alusão a referência a algum contrato do testador *(aliter* à determinação por terceiro, cp. art. 1.667, 11 V). Não há, aí, testamento *per retationem.* Diga-se o mesmo a respeito dos negócios jurídicos formais entre vivos.

Se o negócio jurídico é a formal (não exige. forma pública, nem escrita), as provas extrínsecas são de admitir-se.

Ai, cabem a prova testemunhal e as presunções. Porém, terminado o trabalho de interpretação e prova, é que se pode tirar a conclusão *a,* ou a conclusão *b,* ou cair-se na dúvida (= *a* ou b?). Na última espécie, invoca-se o art.

639. Se a comunhão é de bem imóvel (condomínio ou comunhão de direito real limitado), qualquer modificação das quotas (para mais ou para menos) exige que se observe o art. 134, II (ou, tratando-se de aforamento de terrenos de marinha, o Decreto n. 3.438, de 17 de julho de 1940, art. 46). Se o objeto da comunhão é navio, diz o art. 468 do Código Comercial: "As alienações ou hipotecas de embarcações brasileiras destinadas à navegação do alto mar, só podem fazer-se por escritura pública, na qual se deverá inserir o teor do seu. Registro, com todas as anotações que nele houver (arts. 472-e 474) ; pena de nulidade. Todos os aprestos, aparelhos e mais pertences existentes a bordo de qualquer navio ao tempo da sua venda, deverão entender-se compreendidos nesta,. ainda que deles se não faça expressa menção; salvo havendo no contrato convenção em contrário". O efeito real da modificação depende da transcrição, porque há alienação no modificar extinção de quotas. Quanto aos outros direitos reais, o Registro também é necessário à eficácia real;

§ 1.277. Comunhão "pro indiviso" e comunhão "pro diviso"

1. CONCEITO DE COMUNHÃO "PRO DIVISO". No conceito de comunhão pro *diviso* parece haver contradição *in adjecto,* pois, se divisas estão as partes, indivisas não estão; se não são indivisas, comunhão não há. Mas a análise das relações logo revela que há diferença entre o serem A, B e C donos de três prédios vizinhos, o serem A ou B dono do terreno e C dono do prédio e parte do terreno e o serem A, B e C donos dos apartamentos 1, 2 e 8 do edifício ABC, em

que, pelo menos, terreno, alicerces e cobertura são comuns.

2.“PORTIONES DIVISAS” A comunhão pode ser de parte de prédios, como se dá com a parede divisória, a árvore da linha divisória, dita a cavalo sobre a linha, o pátio comum, o trio por onde se entre para duas casas, a escada comum a dois ou mais edifícios ou apartamentos. Ao tratarmos dos “edificio?‟ ou “casas de apartamentos”, veremos que, a par das residências, ou oficinas, ou escritórios, que são *portiones divisae,* há sempre terreno e construção, que são de propriedade comum. De modo que, a rigor, toda comunhão *pro divisa* só é preponderantemente *pro divisa,* dadas as utilidades comuns. Ainda no terreno econômico, há edifícios de apartamentos em que esses elementos *pro indiviso* suplantam, em valor, os elementos *pra divisa.*

§ 1.278. Construção da comunhão “pro divisa”

1.CONCEITO. Somente se pode construir a comunhão *pro diviso* admitindo-se a consistência dos dois conceitos: *comunhão* e *divisa.* A comunhão *pro indivisa* comporta a comunhão na coisa divisível e a comunhão na coisa indivisível; porém não é a isso que se alude na comunhão *pro diviso* alude-se à divisão efetiva, e não à possibilidade de divisão. Para que sejam consistentes os conceitos de comunhão e de divisão é preciso que aquela recaia sobre o que não é objeto dessa, e vice-versa. A comunhão *pra divisa* é, pois, comunhão *mais* divisão, e não comunhão-divisão.

2.UNIDADE E PLURALIDADE DAS COISAS. Assim como, no condomínio e noutras comunhões reais, se marcha para a divisão sem se chegar a ela, salvo por ato nOvo, que seja *execução* voluntária ou forçada da obrigação dos condôminos, ou arbitrariedade de um deles, de alguns, ou de outrem, na comunhão *pra divisa* marcha-se para a indivisão sem se sair da divisão. A comunhão *pro díviso* é entendida, desde a divisão, no sentido da indivisão; a comunhão *pro indiviso,* desde a indivisão, no sentido da divisão. A seta que exprime aquela aponta para a indivisão; a que exprime essa, para a divisão. São bem estações intercalares entre a *pluralidade de coisas* e a *unidade da coisa.* Foi erro filosófico pensar-se que estava na pluralidade de sujeitos de uma só relação (condomínio) e na pluralidade de sujeitos de duas ou mais de duas relações (comunhão *pro divisa)* a diferença entre o condomínio e a comunhão *pro divisa* de edifício de apartamentos. Tanto no condomínio quanto na comunhão *pro divisa* há a pluralidade de relações jurídicas; portanto, pluralidade de sujeitos.

8.COMUNHÃO “PRO DIVISO” DE BENS MÓVEIS. A comunhão *pra divisa* em bens móveis, se não é impossível, a ponto de, em parte, se confundir a distinção “bens móveis bens imóveis” com a outra “bens indivisíveis bens divisíveis”, evidentemente é rara, O exemplo da mesa dupla, preciosa, que os dois amigos tenham comprado para usar, um de um lado e outro de outro, no escritório, divide o uso, não o bem. O erro dos que explicavam o condomínio pela divisão do uso e do fruto estava exatamente em o assimilarem a essa divisão que de modo nenhum se passa no terreno do condomínio, isto é, do domínio.

O *Nunquam pra divisa (res mobilis) possidere potest* apenas traduz o que mais acontece; melhor: o que quase sempre acontece. Sabemos bem que dois antiquários podem possuir uma tábua e outro os pés da mesa e terem convencionado *juntá-las* para a venda.

1.AS CAUSAS. A comunhão e, em particular, o condomínio podem resultar: a) da convenção, isto é, em virtude de contrato que aliene parte ou pela qual duas ou mais pessoas adquiram; *b)* de declaração unilateral de vontade, como se dá no caso de promessa de recompensa, ou de título ao portador que atribua parte ideal em algum bem; *c)* da aquisição originária, como se duas pessoas ou mais usucapiram o terreno (Código Civil, arts. 530, III, 550-553), ou se duas pessoas ou mais o adquiriram por acessão, ou uma só usucapiu parte (Código Civil, arts. 580, II, 536, II, 536-549) ; *d)* do direito de vizinhança, como se a árvore nasceu num terreno, mas o tronco se pos na linha divisória (Código Civil, art. 556), ou como se foram renovados em comum os marcos (Código Civil, art. 569) *e)* de, dissolvida a sociedade, persistir a indivisão entre dois ou mais ex-sócios; *f)* de sucessão *causa mortis* (bem herdado ou legado a duas ou mais pessoas; o) de adjudicação a duas ou mais pessoas.

2.DE UMA VEZ OU EM VIRTUDE DE NEGÓCIOS DIFERENTES: REGIME DA COISA COMUM. A fonte do condomínio pode dar, de um jacto, todo o regime da coisa; porém, às vezes, a lei, ou disposições dos condôminos, ou de outrem *(e. g.,* clausulação testamentária do bem doado em adiantamento de legitima aos filhos) alteram o regime.

§ 1.280. Comunhão, sociedade e mancomunhão

1.“AFFECTIO SOCIETATIS”. A *affectio,* vale dizer o intuito, o propósito de constituir, é pressuposto necessário da sociedade, a *affectia*

sacietatis. Não no é da comunhão, ainda do condomínio. Há condomínios sem o concurso da vontade dos condôminos, comunhões que nascem sem que o queiram os comuneiros. Por outro lado, não basta a aquisição de quota, ou ação, para se fazer sócio o adquirente, posto que nas sociedades de ações ao portador se simplifique ao extremo tal inserção np rol dos sócios. A morte do sócio extingue algumas sociedades, não todas, o que não se dá com a comunhão, pois é raro que a morte tenha repercussão (comunhão universal ou qualificada de bens entre cônjuges). Há mais liberdade de alienar na co munhão do que na sociedade.

A diferença entre os dois institutos foi bem caracterizada por ULPIANO *(L.* 31, D., *pra sacio,* 17, 2): Não basta que exista comunhão, isto é, não basta ser comum a coisa se não intercede sociedade, *nec enim sufficit rem esse cammunem, nisi sacietas intercedit;* também algo pode ser feito fora de sociedade, *communiter autem res agt pai esi etiam citra societatem;* assim, quando, por exemplo, concorremos em comunhão sem o intuito de constituir sociedade, *ul puta cum non ai fectione sacietatis irteidimus in* com *munionem,* tal como ocorre em coisa legada a dois, ou se a dois é comprada a coisa, ~id *evenil in re duobus tegata, item si a duobus simul empia res sit;* ou se nos obvém herança ou doação em comum, ou se dois compramos, separadamente, partes deles, para não sermos sócios, *aul si hereditas vez danatio communiter nabis obvenit, aut si a duobus separatim emimus part es earum nan socii futuri.*

2.A MÃO-COMUM, OU MANCOMUNHÃO. Nos povos agrícolas é usada a propriedade em comum, após a morte do decujo, tal como se conhece segundo os Costumes franceses publicados por BEAUMANOIR, costumes surgidos, provavelmente, nos séculos XII e XIII. Era bem expressivo o "Quod cum consortibus meis in commune possideo" (A. HEUSLER, *Jnstitutionen,1* 229). A unanimidade, e não a maioria, decide. Nem sempre, porém, com a morte do chefe de família, permanecia a indivisão. Nas formas primitivas da propriedade, era nesse momento que ocorria a criação da propriedade individual, que é, por definição, propriedade separada.

Em vez de se conservarem unidos, os irmãos dividiam a terra que fOra do pai. Perdurou, através de milênios, a necessidade do "consentimento" familial para a alienação, como traço do coletivismo inicial. Nas classes nobres, mais rentes ao primitivo, mais conservadoras, perduraram esses laços com o passado de mão-comum; e nas instituições municipais, nas comunas, como a avisar aos homens que por ali é que se mantém o "pacto social", ali é que se instruem os

homens para a defesa dos seus direitos e o trato honesto, leal, atento, dos interesses comuns.

A comunidade da aldeia, reduzida a mínimo e estendida ao Município, a comunidade familial e a propriedade individual foram três estádios da evolução da propriedade, sem conveniência em que os dois primeiros se apagassem de todo nas instituições e nas psiques.

3.ACESSÕES. As acessões da coisa *pro indiviso* pertencem aos condôminos segundo o cômputo das quotas, isto é, proporcionalmente às partes indivisas. É o caso dos produtos orgânicos da superfície (Código Civil, art. 61, 1), dos minerais contidos no subsolo (veja-se Constituição de 1946, arts. 152 e 158; Código Civil, art. 61, II), das obras de aderência permanente, feitas acima ou abaixo da superfície (Código Civil, art. 61, III), e das benfeitorias, O que os condôminos em conjunto adquirem por usucapião lhes pertence proporcionalmente às partes que têm na coisa originária. O que por usucapião adquirem separadamente (posse própria e exclusiva) pertence a cada um segundo a posse na coisa ou coisas usucapidas. O que adquirem por acessão, só adquirem proporcionalmente às suas parte indivisas, ainda que se haja permitido uso ou posse de parte (partilha a título precário do uso ou da posse).

§ 1.281. Direitos quanto às partes (quotas) 1.“Usus”, “FRUCTUS”, “ABUSUS”. Cada condômino tem os direitos de propriedade como se fosse titular único: tudo, em que o seu direito pode ser tratado como quota (matematicamente), não depende, em regra, dos outros condôminos, porém a relação entre eles, se indivisível a coisa, cria, *na plano do direita das obrigações* (Código Civil, art. 1.139), a preferência (preempção) na venda; não precisa de ouvir aos outros condôminos para hipotecar ou gravar, por outra razão, a sua parte (usufruto, promessa de compra e venda, pacto de preferência respeite o art. 1.189 do Código Civil). Pode doar, trocar, dar *in salutum* (respeitado o art. 1.139 do Código Civil), deixar em herança, etc.

No art. 623, III, diz-se que pode o condômino “alhear a respectiva parte indivisa ou gravá-la”. O que se aliena é a *para dominica.* O adquirente põe-se no lugar do alienante (L. 68, pr., LX, *pro sacio,* 17, 2: “Nenhum dos sócios pode alienar mais do que sua parte, ainda que sejam sócios de todos os bens”) É erro pensar-se em que se aliena a pretensão a haver a parte divisa, quando se fizer a divisão; ao adquirente, sucessor singular, vão todos os direitos, deveres, pretensões, obrigações e ações de caráter real. O direito pessoal ou o

dever pessoal, que acaso se inseriu na estrutura da comunhão, tornou-se real. A alheação pode ser de toda a quota, ou de quota de quota.

Pode dar-se que se ceda um dos direitos oriundos da comunhão, *e.* g. constitua-se a favor de terceiro usufruto da *pars daminica.* Se a comunhão cessa sem que o comuneiro cedente deixe de ser dono da coisa, pois adquiriu as outras partes, ou arrematou a coisa, a cessão do direito, se não foi concebida com o termo final da cessação da comunhão, continua eficaz; se foi concebida com resolutividade, o direito cedido extingue-se. A dação da posse a terceiro e a cessão de direito que consista em "uso ou gozo" da propriedade depende do assentimento dos outros condôminos (art. 638).

Registrado o título de aquisição da quota ao condômino, o direito real toca ao adquirente. Não há condição suspensiva *(candicia iuris* ou *tacita candicio*"*?)* de que a *para dominica* venha a ser, na divisão, atribuida ao adquirente (isto é, ao alienante como dador de título ao adquirente). Tal construção, que aparece na doutrina italiana, é absurda *(Jg.,* M. VITALEVI, *Deita Co muniane dei beni,* 499 s.; L. SALIS, *La Comunione,* 100; G.

BRANCA, *Deila Pro*"*prietd,* 103). No tocai te"ao negócio jurídico de compra e venda ou outro negócio jurídico á neroso, o alienante responde por evicção (arts. 1.107-1.117). Se o alienante cai em insolvência, ou falência, não cabe pedido de restituição de preço, segundo o que der o crédito (sem razão, R. LUZZATO, *La Camproprieth 1*

diritto italiano, 99), salvo resolução por inadimplemento, o que somente concerne ao negócio jurídico básico. A transferência ou se deu ou não se deu; a evicção é o que pode ocorrer depois. A concepção da alienação do art.

622, III, como venda do efeito divisional repugna a qualquer sistema jurídico, especialmente ao brasileiro; e devem os juizes e intérpretes precatar-se contra leitura de livros estrangeiros e jurisprudência que, ainda nos países a que se refere, é contra os princípios. Quanto à sorte da hipoteca sobre a quota que foi evícta, tudo se passa como a respeito da evicção da totalidade da coisa.

Por direito romano, o condômino podia alienar toda a coisa se os outros não se opunham. Na época clássica, já esse poder de dispor desaparecera. Não há tal poder no direito contemporâneo. Se algum condômino vende toda a coisa, a venda das partes indivisas que lhe não pertencem é venda de coisa alheia e, pois, *válida.* Se era ignorante

da indivisão o terceiro, pode ele pedir a resolução por inadimplemento, segundo os princípios (art. 1.092, parágrafo único). Se a conhecia, pode ser interpretado o contrato de compra e venda como subordinado à condição de adquirir o vendedor as outras partes ou de obter dos outros comuneiros que a transfiram ao outorgado. Se ao negócio jurídico obrigacional se juntou o acordo de transmissão, há-se de entender que a venda foi de partes alheias de coisa, portanto insuscetível de ter a eficácia real. A classificação de tais compras-e-vendas como compras-e-vendas nulas, o que arruinou a doutrina francesa, e a classificação como compras-e-vendas subordinadas, sempre, em vez de só excepcionalmente, a condição suspensiva (E. LAURENT, *Principes,* X, **3a** ed., 426 s.; M VITALEVI, *Delia Comunione dei benz,* II. 493 s.; L. PATERNÚ-CASTELLO DI BICOCCA, *La Camunione dei beni,* 187; L. CARlOTA-FERRARA, *Negazi sul patrimanio aitrui,* 320 s.), são cientificamente inadmissíveis. Se, a despeito de só ter parte indivisa o alienante, se procede à transcrição, o adquirente de boa fé está imune a qualquer alegação de não-propriedade, e não se pode ir contra o que dele, por transcrição, venha adquirir. Os condôminos lesados tem ação contra o que alienou coisa alheia e contra o Estado, se o oficial não podia fazer a transcrição. Se ao adquirente vem a ser tirada a coisa, nasce a ação pela evicção.

A cláusula de inalienabilidade que recai sobre a quota *(e. g.,* art. 1.723) não exclui a incidência do art. 629 e do parágrafo único. Todavia, a cláusula de inalienabilidade imposta ao condômino pelos outros, em negócio jurídico plurilateral, pode ser em fraude ao art. 629, parágrafo único; se o não é, tem eficácia obrigacional e, registrada, real.

2.CÓDIGO CIVIL, ART. 688. Uma vez que toda posse, gozo ou uso da coisa afeta toda ela,, ou parte divisa, ao condômino não é permitido lê-se no Código Civil, art. 638 ir até esses atos: “Nenhum condômino pode, sem prévio consenso dos outros, dar posse, uso ou gozo da propriedade a estranho” O legislador brasileiro explicitara essa regra devido a prática abusiva, que se notava no país, principalmente nas zonas rurais, de entregar-se a outrem parte de bens comuns em locação, ou a titulo precário, sem consulta aos outros condôminos. O que escreve CARLOS MAXIMILIANO *(Condominio,* 16) é sem fundamento, nem os escritores que cita o autorizam a dizê-lo.

Quando, no art. 623, 1, se falou de “usar” da coisa, ou, no art. 633, de “uso ou gozo da propriedade”, não só se pensou na percepção de frutos, ou apreensão de produtos. Usa-se, sem tal apreensão, ou sem qualquer colheita. O

quintal que apenas nos serve à vista é objeto de uso, Mas há regra jurídica especial quanto a frutos, que é a do art.

638: “Os frutos da coisa comum, não havendo em contrário estipulação ou disposição de última vontade, serão partilhados na proporção dos quinhões”. O condômino pode usar toda a coisa; não pode colher os frutos, como ele entende que cabem na sua quota. Dois textos romanos dizem melhor do que longas exposições: *a)* Na L. 5, § 15, D., *commodativel contra,* 13, 6, CELSO, segundo ULPIÁNO, diz que cada condômino tem em parte o domínio da coisa toda sem a dividir, e que o uso do banho ou do pórtico ou do campo é inteiramente *(in solidum)* de cada um, porque não o uso eu menos do que o outro usaria (neque enim minus me uti, quod et alius uteretur). Não assim quanto ao veículo compossuído, pois dele tenho uso parcial, não ocupo todos os lugares do veículo. *lO* Na L. 19, D., *de usu fl habitatione, 7,* 8, é de PAULO: “Usus pars legari non potest: nam frui quidem pro parte possumus, uti pro parte non possumus” (Parte do uso não se pode legar: pois, certamente, podemos fruir por parte, usar por parte não. podemos).

Qualquer divisão do uso é ato posterior, ou pacto que se incluiu, a mais, na regulação da comunhão. *(lii p‟ra parte non possumus,* se o uso há de ser *in solidum.* A regulamentação do uso pode ser *pra parte* e então cessa a incidência da L. 19, ia *une.*. Também a cláusula de que os frutos hão de ser consumidos pelo gado, em comum, é cláusula de indivisibilidade dos frutos que, de ordinário, são divisíveis. Na L. 26, D., *de servitutibus praediarum urbanorum,* 8, 2, PAULO viu as dificuldades surgidas do uso *in solidum:* “Nenhum dos donos pode contra a vontade do outro fazer coisa alguma por direito de servidão na propriedade comum, nem proibir que o outro a faça, porque a ninguém serve a sua própria coisa. E assim, por causa de grandes disputas (propter immensas contentiones), muitas vezes se chega a dividir-se a coisa; mas pela ação *cammuni dividundo* consegue o sócio que não se faça a obra, ou que se derrube a obra que se fez, se a toda a sociedade convém que se derrube (tolli) a obra”. Não se pré-exclui o negócio jurídico de divisão do uso; apenas se previu que, procedendo-se à divisão sem ato coletivo, ou, pelo menos, consentimento pelo silêncio, os outros comuneiros podem obstar à realização ou desfazê-la. A transformação da composse em posse de partes divisas é *mutatia causae possessianis.* O pacto de divisão do uso não é contra a estrutura do direito real e pode ter eficácia real, tanto mais quanto cessa com a divisão da coisa em suas *partes dominicae.* A ação de regulação pode ser intentada para que se divida o uso, ação constitutiva referente ao exercício do direito real. Ou os comuneiros dividem o uso, ou não no

dividem; a divisão é somente do exercício do direito, ou do exercício do direito e da posse. Não se vai ao plano da existência, como iria a *cammunio pra divisa,* de que temos exemplo na propriedade de apartamentos: os comuneiros continuaram titulares dos direitos reais, *pro parte indivisa;* a relação é obrigacional, porém pode ter efeitos reais, se consta do Registro, cessando com a divisão. A maioria do art. 637 pode resolver quanto a essa divisão, se possível e conveniente, o que pode ser judicialmente apreciado se alega que não havia conveniência. Ninguém pode pretender que condomínio de casa implique que todos tenham de ocupá-la toda e dormir nos mesmos quartos.

Na regulação do uso, não se pode impor dever positivo (habite, faça obras), mas é de entender-se que o condômino a que se deu o pavilhão pague as despesas de luz e gás, se há medidor à parte, e proveja aos consertos que não sejam gerais. O condômino a que foi dado o trato de terra *a* não pode ser constrangido a cultivá-lo nem o a que foi dada a casa *b* ser constrangido a nela morar; se bem que, se o ato negativo é causador de dano, possa configurar-se o ato ilícito relativo ou ato ilícito absoluto.

A ação de regulação de uso está pré-excluída se a maioria foi contra a distribuição.

A eficácia real pode ocorrer com o Registro, quer se trate de negócio jurídico divisor do exercício, quer de decisão judicial.

A divisão é, de regra, topográfica; mas há a divisão por turnos, ou temporal (ULPIANO, L. 7, § 10, *in une,* D., *communi dividunda,* 10, 8: "... apud singulos mutua vice certo tempore sit usu fructus", que aliás sé se referiu aos bens móveis). Tanto pode operar-se em terrenos quanto em águas, ou em canos, ou em animais, inclusive em se tratando de comunhão de servidões. A fração de tempo pode, ser proporcional à quota domínica; é o que se há de entender se não houve outra distribuição do uso. A maioria pode decidir; há a ação de regulação, se a maioria pré-

excluiu o fracionamento temporal do uso. Examinam-se a possibilidade e a conveniência. A eficácia é obrigacional, salvo se foi estabelecida na própria constituição da comunhão a apropriação *inre in re.* A constituição há de ser então de comunhão indivisa do todo *menos* aquilo em que se procedeu à *cammunia pra divisa,* se é enquadrável no sistema jurídico tocante aos direitos reais. A divisão ou alienação da coisa extingue a eficácia real.

Os comuneiros não podem violar os limites temporais, se bem que se haja de interpretar que a finalidade foi dar o máximo de possibilidade do uso pleno em lugar não suscetível de outra divisão.

Se os comuneiros dividiram, de fato, o uso da coisa, topográfica ou temporalmente, ou houve consentimento tácito, ou apenas tolerância, o que é *quaestio facti.* Se houve consentimento tácito, não há por onde tratar-se diferentemente da fixação material ou temporal por escrito o que se operou por atos de uso restringido e exclusivo na parte divisa. Não se pode, todavia, pensar em eficácia real.

Se algum dos comuneiros tem quinhão que por si só seja maioria, ou se dois deles os tem, que, somados, a perfazem, e a deliberação *é* no sentido de só aquele ou somente esses serem os locatários, opondo-se os outros (minoria), vale o que se decidiu. Todavia, podem os demais ir a juízo se o contrato é danoso, ou se o locatário ou locatários procederam com dolo. Pense-se nos problemas derivados da prestação exorbitante.

3.PRINCÍPIOS CONSEQÜÊNCIAIS. O estado de comunhão faz surgirem alguns princípios consequenciais: a) pelas dívidas comuns respondam os patrimônios individuais, *mas* tem-se de atender a que a responsabilidade é pelas quotas (art. 626: “Quando a dívida houver sido contraída por todos os condôminos, sem se discriminar a parte de cada um na obrigação coletiva, nem se estipular solidariedade, entende-se que cada qual se obrigou proporcionalmente ao seu quinhão, ou sorte, na coisa comum”), de modo que, na execução, pode o comuneiro executado alegar que somente deve quota, e não o todo. No sistema jurídico brasileiro, a parcialidade da dívida é a regra, a solidariedade é exceção; não há o § 775 do Código Civil alemão, nem o □art. 1.115, alínea □

1 a, do

Código Civil italiano. A obrigação só é solidária se estipulou a solidariedade (art. 626), ou resulta da lei (representação de todos os comuneiros por terceiro, atos ilícitos da responsabilidade de todos, danos causados pelo edifício em ruína, arts. 1.528, ou queda de coisas, ad. 1.529, ou por animais, art. 1.527). *b)* Se há solidariedade, o credor pode exigir o pagamento de qualquer comuneiro, sem ser preciso que se chamem a juízo todos os comuneiros, nem que se execute, primeiramente, a coisa comum (sem razão, M. VITALEvI, *Delia Camuniane dei Beni,* 682, e

L. PATERNÓ-CASTELLO DI BícoccÁ, *La Comunione dei Beni,* n. 194). O art. 1.896 ("Se o cabedal social não cobrir as dívidas da sociedade, por elas responderão os associados, na proporção em que houverem de participar nas perdas sociais") não é invocável, por analogia, em matéria de comunhão simples, inclusive condomínio, ou de comunhão *pra divisa. e)* Se ocorrem concurso de credores da comunhão e concurso de credores de algum comuneiro, não há preferência para o primeiro *(aliter,* em se tratando de sociedade, personificada ou não, art.

1.396). á) Cada comuneiro tem direito de participar da formação da maioria, o que concerne ao exercício do direito de propriedade, e não ao próprio direito de propriedade, porque o voto é que corresponde, em toda extensão, ao direito, e a vontade coletiva é ligada à ocorrência (la pluralidade de titulares, já ao se cogitar do exercício dos direitos e sua regulação. A atribuição de "personalidade concreta" à comunhão (G. BRANCA, 11) é absurda, anti-histórica e assistematica. É preciso que se não confundam a *conimanjo sinesacietate,* a *communia cum societate* (oriunda do *animus coeundae societatis)* e a sociedade personificada; e repelir-se a afirmação de que a sociedade só se distingue da comunhão convencional em que há, naquela, fim de lucro: há comunhão com fim de lucro (o. condomínio do prédio para ser alugado) e sociedades em que a *affectio societatis* não se restringe ao fim de lucro. Nem colhe que se aceite a distinção entre lucro em senso estrito e fruto. Na sociedade há mais ligação entre pessoas do que na comunhão simples; há coesão, e não só coexistência, sem se chegar, necessariamente, à personificação, que é *plus* em relação à criação da sociedade destinada a personificar-se (cf.

nosso La Création et la Personnalité des Personnes juridiques, Mélanges STREIT, 617 5.; sobre a maior coesão na sociedade, R. DE RUCCIERO, *Istituzioni,* III, 392, L. BARASSI, *Corso di Leziani suVa Camproprietá,* 152, e L.

SALIS, *La Camuniane,* 21). O fim, na comunhão imobiliária, é intrínseco ao domínio, porque os direitos reais têm o seu conteúdo e os seus limites, que não se flectem ã vontade dos figurantes ou dos titulares como os direitos que nascem dos contratos. Se essa vontade lhes pode restituir o conteúdo é questão que só se resolve com a lei; essa é que pode deixar certo tempo à *dispasitividade.* Devemos ter sempre presente que os condôminos da coisa podem contratar sociedade respeito a uma coisa e tal contrato entra no espaço que se deixou, dispositivamente, ao exercício dos direitos de propriedade, sem alterar os direitos reais em sua estrutura. É questão de fato saber-se se houve, ou não, constituição de sociedade entre eles, isto é, se

sobreveio esse *novum,* ou se permaneceram no campo do exercício do direito da propriedade os condôminos. Isso, aliás, pode ocorrer a respeito de qualquer comunhão. Se alguém deixa, por morte, empresa comercial, ou civil, pode surgir o mesmo problema, mas em sentido inverso: havia sociedade, e pergunta-se se continuou, com os herdeiros, a sociedade, ou se sobreveio apenas comunhão entre herdeiros e sócio. Não há resposta a *priori:* depende da lei e depende dos fatos. Tais problemas assaz se agravam com o fato de poder tratar-se de sociedade ocasional ou de fato.

§ 1.282. Partes indivisas

1.ALIENAÇÃO E CLÁUSULA DE INALIENABILIDADE. Cada parte (quota) é livremente alienável. De acordo com os princípios; porque o objeto do domínio de cada comuneiro é a quota, e não parte divisa, nem no é a coisa toda sem indicação de quota.

Se há *restrição de poder* de alienar (dita cláusula de inalienabilidade), ou ela recai sobre toda a coisa, ou somente sobre a parte indivisa. Nesse último caso, só a parte indivisa é inalienável por lei, ou por eficácia de algum negócio jurídico *inter vivos* ou *causa mortis,* tendo-se de proceder a seu respeito como se não existissem as outras partes: vendem-se, trocam-se, executam-se essas, sem que a sucessão subjetiva tenha qualquer influência sobre as *portiones indivisae* inalienáveis. Não é o prédio que é inalienável, mas a parte indivisa. Ai está bem patente o tratamento jurídico que tem a quota, a despeito da indivisão da coisa.

2.INEFICÁCIA, E NÃO NULIDADE, DA ALIENAÇÃO DA PARTE INDIVISA COMO DIVISA. Qualquer negócio jurídico que tenha por objeto a coisa toda, ou a parte como se divisa estivesse, é *ineficaz* pela irrealizabilidade *atual:* interpreta-se como negócio sobre a parte ideal, com os direitos de preferência às Outras partes, no caso de virem a ser alienadas; e torna-se eficaz se o alienante adquire as outras partes, ou, sendo obacto parte "localizada", quando se fizer a partilha, se esse pedaço localizado couber ao condômino alienante, que o condômino adquirente substituiu.

8.CONDÔMINO QUE TEM OUTRO DIREITO REAL. Qualquer condômino pode ter *outro* direito real sobre a coisa ou sobre parte da coisa: a) pode ser fiduciário de parte indivisa e lideicomissário de outra parte indivisa, ou do todo; b) pode ser condômino de uma parte

e usufrutuário de outra ou outras partes indivisas, ou das outras, ou usuário de outra ou outras partes ou das outras; e) pode ser condômino e ter o direito de habitação sobre outra ou outras partes, ou sobre as outras partes, tendo ou não o elemento *habitatio* da sua parte; á) pode ser dono de prédio que tenha servidão sobre o prédio indívilo de que seja condômino e aqui falha o princípio ronlano *Nuili res sua, servit; e)* pode ser condômino, por um título, da nua propriedade e usufrutuário do todo por outro título, excetuado mais uma vez, o princípio de que ninguém tem direito real de usufruto contra si mesmo; 1) se é condômino de coisa originàriamente hipotecada no todo, ou se os condôminos hipotecaram o todo, também falha o * *Nuili res sua servit* (C. CROME. *Sgstem,* III, 438, nota 12), pois é credor de si mesmo em parte que depende da partilha futura e sofre a garantia única. A partilha da coisa opera a *confirmação* sujeitiva quanto à parte separada, porém só a transcrição tem efeito quanto a terceiros. *Ninguém pode ser ao mesmo tempo credor e devedor.* As leis dispensam-se de explicitar esse princípio evidente excepcional a atitude do legislador suíço e do brasileiro (Código suíço das Obrigações, art. 118: "A obrigação extingue-se, pela confusão, quando as qualidades de credor e de devedor se acham reunidas na mesma pessoa", melhor do que o texto alemão "die Forderung gilt als erloschen"; Código Civil brasileiro, ar-figo 1.049: "Extingue-se a obrigação desde que na mesma pessoa se confundam as qualidades de credor e devedor"). Mas os arts. 1.049-1.051 não se aplicam ã hipoteca da coisa comum como todo, nem impedem disposição que cause a confusão futura.

O condômino pode usucapir, inclusive servidão, contra o outro ou os outros condôminos, se trata de usucapião trintenal, que independe de boa fé; ou se, a despeito do condomínio, houve boa fé.

4.SUB-ROGAÇÃO. Cada parte, sendo inalienável, é sub-rogável, conforme a lei, sem que se precisem sub-rogar as outras. Se a sub-rogação é de todo o prédio, por serem mais de uma as partes inalienáveis, há tantas subrogações quantas são as partes indivisas inalienáveis.

5.HERDABILIDADE. Cada parte indivisa pode ser deixada em herança, ou em legado, com ou sem cláusulas restringentes de poder; e dá-se a sucessão hereditária segundo os princípios sem qualquer repercussão nas outras partes.

6.PENHORA, SEQUESTRO OUTRAS MEDIDAS PREVENTIVAS.

A parte *indivisa* é penhorável, arrestável, sequestrável e suscetível das demais medidas preventivas ou provisórias que recaem em coisas. Podem existir tantas penhoras quantas as partes indivisas, tantas segundas penhoras e assim por diante. Arresta-se a um só uma parte indivisa; outra, a outro. Levanta-se um arresto, e outro não; ou os dois ao mesmo tempo. Também é possível que se penhore, ou se arreste, ou se sequestre toda a coisa; *e.* g., se a penhora se baseia em dívida comum. De modo que é de prever-se haja penhora total e penhora da parte indivisa, ou das partes indivisas.

7.HIPOTECA. No caso de garantias reais *(e.* g., hipotecas) de partes indivisas, a cada uma correspondem direitos subjetivos, pretensões e ações, exercíveis separadamente, ou, se a lei processual o permite, em cumulação subjetiva ou objetiva. Na ação executiva, cada parte satisfaz a *pretensão a executar,* que se exerce pela ação executiva; de modo que se executa cada parte, com hasta pública, arrematação, remição ou adjudicação própria.

O direito brasileiro não exige a divisão prévia, com o que se ajusta aos princípios do condomínio e mantém a tradição. MANUEL GONÇALVES DA SILVA *(Commentaria,* III, 315) escreveu: ..... si tertius possideat rem, super qua fit executio, in communi, et indiviso cum debitore condemnato, non potest impedire executionem respectu portionis victi, adeo ut possit vendi, aut addici, vel adiudicari victori, et emptor, vel victor possidebit in communi, et indiviso cum ipso tertio, et poterit eum provocare divisionem, decreto iudicis faciendam". No artigo 757, disse o Código Civil: "A coisa comum a dois ou mais proprietários não pode ser dada em garantia real, na sua totalidade, sem o consentimento de todos; mas cada um pode individualmente dar em garantia real a parte que tiver, se for divisível a coisa, e só a respeito dessa parte vigorará a indivisibilidade da garantia". No Projeto primitivo, art. 855, adotara-se a regra de não haver hipoteca da coisa comum sem com sentimento dos outros condôminos, o que prevaleceu; e CLÕVIS BEVILÂQUA *(Código Civil comentado,* III, 321) afirmou que o Código Civil suíço, art. 800, lhe dera "consagração". Ora, de modo nenhum: o Código Civil suíço adotou o princípio da livre disponibilidade e gravame da quota, mas exigiu o consentimento se não fosse caso de compropriedade, arts 800, alínea, e 642), e sim de mancomunhão. *Eigenturn zur gesaminte Hand,* propriedade de mão-comum. O Código Civil brasileiro adotou, sem inspiração do Projeto primitivo, o principio da gravabilidade da parte indivisa (art. 623, III: "gravá-la"). O ad. 756 faz simétricas, co-extensivas, a alienabilidade e a gravabilidade. O art. 757 insere a vedação da hipoteca da coisa em sua totalidade; e regula a hipoteca se divisível a coisa. A verdadeira

interpretação é a que a propósito da Lei n. 1.237, de 24 de setembro de 1884, art. 4, § 8.

dera, no seu tempo, LAFAIETE RODRIGUES PEREIRA *(Direito das Coisas,* II, 185), e não a interpretação de LACERDA DE ALMEIDA *(Direito das Coisas,* II, 292).

O condômino ou, melhor, o comproprietário defende-se contra a penhora de toda a coisa, ou de mais do que a parte do executado, com os *embargos de terceiro.* Se o autor o tem como co-devedor, com os *embargos de executado,* pois que se deu pluralidade subjetiva passiva. Se a parte do executado é arrematada, o arrematante fica no lugar do que foi executado, em condomínio com os outros. Aliás, as arrematações podem causar nova cisão da quota, que se torna em duas ou mais, mantida a indivisão objetiva, nos termos anteriores ou em novos termos (A, B, O, 2 D/2; ou A, B, C, D, E, em que D + E, agora, perfazem 13 de antes).

No caso de hipoteca, só a parte indivisa hipotecada responde pela garantia real, não a coisa toda.. Se o credor é outro condômino, não é o condômino que se faz credor: é credor como os outros credores. A sua parte indivisa não responde e nada

tem com a hipoteca da parte indivisa de outrem. dá-se quanto ao usufruto e à anticrese, se trata anticretizado (o que supõe divisibilidade do uso e legal ou negocial do uso a terceiro).

O mesmo de prédio permissão

8. VENDA DA COISA TODA. Se o condômino alienou a coisa toda, e não a sua parte, é assente que a venda vale, e é *eficaz* quanto à sua parte, ainda que n~o tivesse aludido a ela. Se vendeu a parte e a localizou, a venda da parte "localizada" vale, mas é *ineficaz,* no que se parece com venda da coisa toda, que é ineficaz no que se refere às outras partes, como venda de coisa a ser adquirida. Os outros condôminos podem pedir a decretação da ineficácia da venda (ação declarativa negativa), quanto à sua parte, a declaração de que continuam donos das suas partes indivisas (ação declaratória, que os negócios *inter alios* não afastam), opor embargos de terceiro senhor ou possuidor, intentar ações possessórias, etc. Entre contraentes, se o condômino alienante vem a adquirir as outras partes, o contrato se torna, em conseqüência, eficaz.

9.RESTRIÇÕES DE ROTINA. As cláusulas de impenhorabilidade,

incomunicabilidade e outras, que entram na classe das *restrições de poder,* podem recair sobre toda a coisa, ou sobre uma ou mais partes ideais. Tudo se passa como se disse acima, a propósito da cláusula de inalienabilidade.

10.SE NÃO ATINGEM TODAS AS PARTES. Se há parte indivisa, ou partes indivisas, que estão clausuladas (isto é, inalienáveis, incomunicáveis, impenhoráveis, etc.) e as outras partes são livres, essas nada sofrem com a c1ausu1ação. Não obsta a que os condôminos que têm partes livres as alienem, ou peçam a partilha, para o loteamento ou venda das partes (Tribunal de Justiça de São Paulo, 1.0 de junho de 1929, E. *dos 2*"., 71, 474). O

que não é eficaz é que condôminos de partes livres vendam parte localizada, como se partilha tivesse havido, dizendo, ou não, qual o tamanho, ainda que tenha havido partilha amigável entre dois ou mais, e Me entre todos, julgada por sentença (Tribunal de Justiça de São Paulo, 21 de fevereiro de 1896 e 29 de maio de 1897, G. .*1. de S.*

P., 16, 15). A ineficácia resulta de não poder o alienante da parte indivisa assegurar (realizar) ao adquirente a localização, quantidade ou qualidade (Tribunal de Justiça de São Paulo, 9 de abril de 1918, *R. dos 2,* 26, 82).

11.FALÊNCIA E CONCURSO DE CREDORES. Se há falência ou concurso de credores, é a parte do condômino que entra na massa, e tudo ocorre como se tivesse havido execução de bem à parte.

12.DIVISÃO DA POSSE E POSSE INDIVISA.

Por vezes doutrinadores e intérpretes consideraram o condomínio conglomerado de regras rídiculas, umas de direitos das coisas, outras de direito das obrigações *(e.* g., 29 Grupo de Câmaras Civis do Tribunal de Justiça de São Paulo, 24 de abril de 1947, *1?. dos T.,* 167, 620). Isso nada diz de relevante. Quase todos os institutos são assim; e não advém do fato de se juntarem regras jurídicas de diferentes ramos nada de anômalo, nem, Tão pouco, de contraditório A coexistência de dois ou mais titulares e a mesma idade da coisa determinam relações jurídicas entre os condôminos, que são obrigacionais mas provindas do direito das coisas. Se às vêzes derivam de negócios jurídicos de direito das obrigações, ou de atos jurídicos St *ricto sensu* de direito das obrigações, ou de atos-fatos jurídicos de direito das obrigações, nem por isso são tais relações jurídicas as que mais exsurgem a respeito do

condomínio e entre ps condôminos. Algumas relações jurídicas são de origem fática, porque são possessórias; *e.*

g., o condômino, que está na posse de parte do imóvel, pode usar e fruir a parte, à semelhança do possuidor de coisa inteira, e daí lhe advém o direito de perceber, com exclusão dos outros condôminos, os frutos e rendas que provieram da exploração da parte (1Y Turma do Supremo Tribunal Federal, 28 de maio de 1940, *1?. F.,* 87, 108, *1?. de J. li., 49,* 197). As regras jurídicas, como a do art. 628, 1, não são de modo nenhum regras jurídicas de direito das obrigações, que se houvessem enxertado no direito das coisas: são regras jurídicas de direito das coisas. Diz o art. 628: "Na propriedade em comum, compropriedade ou condomínio, cada condômino ou consorte pode: 1. Usar, livremente, da coisa, conforme seu destino, e sobre ela exercer todos os direitos compatíveis com a indivisão". Tem-se, portanto, de atender à destinação da coisa e à compatibilidade com a indivisão. Se há partes divisas, ou se a coisa indivisa é por destino ligada a duas ou mais coisas. na parte divisa, ou na coisa não-comum, nada se tem exigir de comprotibilidade com a indivisão, mas, quanto à parte divisa ou a coisa comum, sim. A *3~a* e a *4~a* Câmaras da Côrte de Apelação do Distrito Federal, a 13 de outubro de 1986 *(A.* 3"., 42, 462), decidiram, e bem, que "não pode o locatário de avenida transitar de automóvel pelo simples corredor particular da mesma avenida, que é destinado a uso de peões e pedestres, e não comporta passagem de tal veículo sem interrupção do trânsito de moradores no local: pertencendo, em condomínio, a todos os moradores o corredor que serve de entrada à avenida, aplica-se à hipótese o art. 623, 1, do Código Civil". A situação é semelhante à das partes comuns do edifício de apartamentos, O corredor das avenidas, as ruas particulares das avenidas, são partes integrantes, *pro indiviso,* das casas que lhes ficam dos lados: há comunhão *pro indiviso* do corredor dos edifícios de apartamentos, que são como avenidas em pé (propriedades em superposição), em vez de casas em linha dupla, com a compropriedade do terreno intercalar. Tem-se de apurar qual o destino do corredor ou rua, pois que pode também servir à entrada de animais ou de automóveis, ou de uns e outros.

O não-uso da coisa comum por alguns dos condôminos não Lhes dá direito a aluguer, ou prestação, que fique em lugar do uso que teria podido exercer. Isso dependeria de negócio jurídico entre os condôminos. Disse a *~La* Câmara Civil do Tribunal de Apelação do Distrito Federal, a 8 de janeiro de 1941

(A.J., 59, *63; 1?. dos T.,* 136, 784) "O Código Civil estabelece, com perfeita clareza, no art. 623, que na propriedade em comum cada

condômino pode usar livremente da coisa conforme o seu destino. Tratando-se corno se trata de prédio para moradia, a sua ocupação por cada um dos condôminos para esse fim é perfeitamente legítima e, sem que convenção expressa entre eles tenha diversamente estabelecido, é inadmissível a pretensão de um dos condôminos em querer que os demais lhe paguem aluguel, sob o pretexto de não haver, ele também, se utilizado da coisa comum. Se não se utilizou foi porque não quis, desde que a lei lhe assegurava, assim como aos demais, esse direito. Quando a coisa não puder ser utilizada em comum por todos os condôminos, seja porque a isso não se preste, ou seja simplesmente porque não convenha a um ou a alguns dos condôminos, a solução é ainda expressamente fornecida pela lei, determinando que em tal caso se proceda à extinção do condomínio, observadas as regras legais, ou, ainda, podem os condôminos deliberar sobre a forma de administrar a coisa comum, dando-a em locação ou tornando-a, de qualquer modo, produtiva. O que não é possível, nem admissivel, é que em dado momento o condômino que não quis se utilizar em comum da coisa comum, nem promover a extinção do condomínio, nem Tão pouco promover a deliberação dos demais condôminos para administração da coisa, entenda de cobrar alugueres, arbitrariamente por ele estabelecidos, aos demais condôminos, pela ocupação da sua parte ideal"; sem razão, por afirmá-lo a *priori, a* □

3 a Câmara Civil do Tribunal de Apelação de São Paulo,

R. dos T., 146, 668.

A posse das partes de ordinário corresponde a exercício do direito de uso, se compatível com a indivisão da propriedade. Da propriedade, entende-se: não da posse (Câmara Civil do Tribunal de Apelação de Minas Gerais, 6

de novembro de 1937, *1?. F., 78,* 368: "Cada condômino pode usar livremente da coisa e sobre ela exercer direitos compatíveis com a indivisão. Não será, porém, legítima a sua atividade se exercitada em trecho onde tenha outro interessado estabelecido, por uma permanente utilização econômica, uma situação de fato que não deva ser alcançada até o pronunciamento do juízo divisório. Esta situação de fato merece proteção possessória contra a moléstia partida de outro condômino"). Se não houve divisão do exercício, nem é possível uso e fruYç~o por todos, nem houve acordo sobre um só ou alguns usarem e fruirem, indivisamente, tem de ser adjudicada a um, ou vendida e repartido o preço.

A divisão do exercício implica divisão da .posse. Se algum dos

condôminos devia usar e fruir, sozinho, parte do bem e abster-se do uso e. fruição das outras partes pelos outros possuidas, pode haver turbação e esbulho de posse, ou só se ter de proceder a discriminação dos limites. O Tribunal de Apelação da Rio Grande da Norte, a 6

de março de 1939 *(R. do T. de A.,* 1, 365), excluiu, *a priori, a* proteção interdita] e só admitiu a ação divisória, o que, quanto à primeira proposição, é confundir-se ofensa à posse com ofensa a direito *(izcs possidendi),* qual o de se dividir o exercício conforme as quotas, para adimplemento de acordo, e confundir-se ação divisória com ação de limites por algum condômino haver excedido os limites da sua quota. A proteção possessória cabe se havia posse em parte da coisa e houve ofensa. A ação de divisão da posse só se entende se tem de dividir a posse, que é de todo sobre o todo. Ação de demarcação supõe existência de divisão e necessidade de traçar ou avivar os limites. Se não houve ofensa à posse, nem acordo de divisão da posse, a impossibilidade da divisão da propriedade, do uso e da fruição em comum e da divisão da posse, leva. irremissivelidade, à adjudicação ou venda da coisa (cf. Câmara Civil da Tribunal de Apelação de Minas Gerais, 25 de setembro de 1939, *R. E.,* 81, 437).

13.ARRENDAMENTO DA COISA COMUM AO CONDÔMINO.

O arrendamento da coisa comum ao condômino pode provir de negócio jurídico entre ele e os demais condôminos, independentemente da deliberação de se entregar a administrador a isso da coisa. Há, então, duas posses, uma, mediata, que toca a todos, e outra, imediata, divisa, que é a do locatário, e, se só foi locado em parte o imóvel, como elemento de posse plena, de todos os condôminos, quanto à parte não-tocada. Se foi deliberado que a coisa seria administrada por um dos condôminos, então a posse imediata passa ao administrador, que a entrega ao locatário ou locatários, quanto ao todo ou quanto a partes da coisa, mediatizando-se. Desde o momento em que se dá a passagem da posse imediata ao administrador, os condôminos são tratados, a esse respeito, como terceiros. Com o administrador é que trata qualquer deles para obter contrato de locação, com direito de preferência (ad. 636). Desde que se deliberou administrar a coisa, cessa a divisão da posse imediata, se houve, ou a posse imediata, ao se empossar o administrador. Se havia posse de partes ou segundo condômino estava de posse de toda a coisa, o administrador notifica o condômino para que a entregue, ou passe, desde o dia da notificação (os dias intercalares são tidos como de tolerância do poder fático imediato, art. 497, 1Y parte), a pagar o aluguel estabelecido. Se houve acordo de divido, da posse, com

contraprestação pelo uso e pela fruição exclusivas da parte, pode o condômino possuidor imediato de parte invocar o art. 1.209, que incide por analogia.

Se o condômino, notificado para deixar o prédio, ou considerar-se locatário, silencia, ou reclama sem razão, enuende-se que continuou a habitá-lo como locatário, tendo-se-lhe reentregue a posse imediata, que passara ao administrador, na data em que foi considerado locatário. O condômino que toma de aluguer a coisa comum se faz possuidor imediato, o administrador, que era o possuidor imediato, passa a ser possuidor mediato e por sobre ele vem a posse mediata, em grau superior e própria, dos condôminos. Se havia negócio de divisão da posse, a prazo determinado, qualquer deliberação de administração da coisa é de observar-se, respeitando-se o negócio jurídico de divisão da posse, e somente, ao advento do termo é que se pode pensar em passagem da posse imediata ao administrador. Se, no intervalo, ocorre locação ao condômino, não houve descontinuídade da posse: à posse direta do condômino possuidor parcial sobrevém a posse imediata do condômino locatário. Dá-se o mesmo se havia negócio jurídico que atribuía a posse de todo o bem a um dos condôminos ou á alguns.

Se um dos condôminos ou somente alguns tomam posse da coisa, excluídos os outros ou o outro, tal uso e tal fruição, se não é contra o destino da coisa (não poderia a casa ser habitada por todos), é incompatível com a indivisão. Os condôminos é que podem excluir-se, não podem unilateralmente ser excluídos pelo outro ou pelos outros condôminos.

Se algum ou alguns condôminos se desinteressam da posse e exercício dos direitos de condomínio, o que resta ou os que restam podem livremente usar e fruir a coisa, porque, dado o desinteresse do outro ou dos outros, os que tomaram posse e exercem os direitos de condomínio, não praticam atos incompatíveis com a divisão. Não há contradição entre liberdade de exercício e indivisão, como assoalham alguns‟ juristas e julgados *(e. g.,* 23 Câmara Civil do Tribunal de Apelação de São Paulo, 17 de agosto de 1943, R. *dos T.,* 148, 644, E. *F.,* 99, 707). No art.

627 provê-se à indenização dos frutos da coisa comum, o que supõe não ter o condômino, que os reclama, se desinteressado deles (z= não ter renunciado ao direito aos frutos), o que implica *quaes tio facti.*

14.DIREITO DE PREFERÊNCIA. Se a coisa é divisível, nenhum direito à preferência tem os outros condôminos no caso de venda da parte de

algum deles (argumento ao Código Civil, ad. 1.139).

Tratando se de prédios, a regra é a divisibilidade, tanto mais quanto, se a casa é em meio de terreno e é ela que parece fazer indivisível o terreno, sendo inferior ao terreno, ou estando em estado tal que melhor seja demoli-la, não se pode dizer que a divisão material do prédio atinja a substância, de que fala o Código Civil, art. 58, 1.

Naturalmente, se a lei tornou mínimo certo tamanho de terreno que as partes "divididas" não satisfariam, então divisibilidade não há Indivisibilidade, no art. 1.139, 13 parte, é a indivisibilidade *natural* ou a *jurídica;* mas, no art. é só a *jurídica.*

O art. 1.139, 13 parte, estatui: "Não pode um condômino em coisa indivisível vender a sua parte a estranhos, se outro consorte a quiser, tanto por tanto". E o parágrafo único: "Sendo muitos os condôminos, preferirá o que tiver benfeitorias de maior valor e, na falta de benfeitorias, o de quinhão maior. Se os quinhões forem iguais, haverão a parte vendida os comproprietários que a quiserem, depositando, previamente, o preço." "O condômino, a quem não se der conhecimento da venda", previu o art. 1.139, 23 parte, "poderá, depositando o preço, haver para si a parte vendida a estranhos, se o requerer no prazo de seis meses".

§ 1.283. Construção negocial do condomínio e preferência

1.VONTADE DOS SUJEITOS. A regra é que os negócios jurídicos só dependam da *vontade* dos sujeitos de direito. As regras imperativas são excepcionais. O vendedor, ou doador, ou testador, vende, dá, ou deixa a quem quer. No caso de venda, o vendedor vende o que quer, a quem quer e pelo preço que quer. Nada, em princípio, o obriga a escolher, excluir, ou pôr em escala os compradores. Tão pouco, a vender determinada coisa, ou a não vender o que tem. Assim, existe arbítrio quanto ao objeto, quanto ao preço e quanto aos adquirentes, sujeitos da compra-e-venda. Tal princípio abstrato é o primeiro princípio que se encontra em qualquer exame da atividade humana, se liberdade existe e se, no terreno econômico, se adota a *autonomia da vontade.* Mas: *a)* O vendedor mesmo, ou outro contraente, com a sua liberdade de declaração de vontade (contrato, declaração unilateral), pode, e muitas vêzes é do seu interesse, voluntariamente se subordinar à obrigação de vender certa coisa, ou de vender só a alguém, ou de vender certa coisa a alguém, ou de preferir, em igualdade de condições, a alguém, a outrem ou a quem quer que seja, ou a vender

por certo preço, ou por preço certo a alguém, etc. *b)* A lei pode impor a obrigação de só se vender a alguém, querendo esse, ou de se preferir a alguém, etc.

O *direito de preferência* é o direito que tem alguém a que, se outro quer vender, ou transferir algum direito, ou criar algum direito, a venda se lhe faça, ou consigo seja o negocio jurídico, ou a criação do direito, em vez de o ser com outrem, "nas mesmas condições"?. A referência às "mesmas condições" é de fazer-se, porquanto, se se conhecem direitos de comprar sob previstas condições, são eles oriundos de *promessas de compra-e-venda,* ou de *opções,* no sentido estrito da palavra, e não *direitos de preferência.*

2.DIREITO DE PREFERÊNCIA DE ORIGEM NEGOCIAL.

O direito de preferência é direito subjetivo; dele irradiam-se pretensões, possivelmente ações. Em conseqüência disso, o titular do direito de preferência, se esse não foi concebido como condicionado ou dependente de aviso prévio, não precisa pedir ao vendedor que lhe venda a coisa, nem propor ação, nem o seu advento depende de algum fato. Pode-se obter a coisa sem a cooperação do vendedor, desde que hajam concorrido todos os pressupostos que a convenção ou o negócio jurídico unilateral, ou a lei, haja fixado. Do óbice nasce a *ação.*

Não há princípio a *priori,* nem imperativo, que dê aos condôminos direito de preferência às outras partes indivisas; nem, tão pouco, aos consortes da comunhão *pro divisa.*

Pode surgir direito de preferência de *origem, negocio) ou* de *origem legal,* ambos excepcionais e estritos. Seja coma for, entra ele na classe dos direitos formativos geradores, a que, na terminologia alemã, se chamou

"begrindende Gestaltungs. rechte", pois que, por seu exercício, se tem por fito a formação de nova relação jurídica, ou a inserção do sujeito em relação jurídica já existente. De regra, é pessoal, e não real Veja Tomos 1, §

36, 4, e V, §§ 566 e 580.

8. INTERPRETAÇÃO DO NEGÓCIO JURÍDICO.

Os que compram em condomínio podem, entre si, convencionar algum *direito de preferência,* que se regerá pelo direito das obrigações. Outrossim, o que doa ou deixa em condomínio, *inter vivos* ou *mortis causa.* Tais direitos de preferência, resultantes de contrato, ou de declaração unilateral de vontade, ou de estatutos, são negociais, e a interpretação das proposições que os enunciam pertence à *interpretação dos negócios juridicos, a* cujas regras e não às regras de *interpretação das leis* se submetem. Indaga-se qual foi a vontade do declarante, ou dos declarantes. O método e a técnica são o de exploração do querer que se manifestou insuficientemente, ou sem a claridade necessária. tenta-se explicitá-lo.

4, CÓDIGO CIVIL, ART. 1.189.

Quando o direito de preferência provém de texto legal, seria erro recorrer-se a quaisquer regras de interpretação dos negócios jurídicos, do *querer.* O que se procura, o que se explora, o que se quer fixar e colher, é o ditame da lei, o seu valor em extensão e a sua abrangência conceptual. Têm-se de buscar as soluções no *método de fontes e interpretações das leis* e na *técnica de determinação do contendo das normas jurídicas.* Por isso, o elemento *histórico* do direito passa à frente dos *trabalhos parlamentares.*

O art. 1.189 do Código Civil é excepcional. Resta saber se é *inscogene,* isto é, de direito imperativo, de direito que impede que se negocie em sentido contrário. Se o é, qualquer contrato, ou obrigação ou grupo de obrigações por declaração unilateral de vontade, que o infrinja, é *nulo.* Se é regra dispositiva, o criador ou os criadores do condomínio ou os próprios condôminos podem *dispor* diversamente, e o art. 1.189 não incidirá. Claro que não cabe discutir-se se é apenas interpretativo. Não no é, evidentemente.

O direito conhece regras sobre direito de preferência que são imperativas. *E. g.,* o art. 197 do Decreto-lei n. 2.068, de 7 de março de 1940. O art. 1.189 exige exame à parte. E‟ ele *lus dispositivum,* e não *ius cogens,* pois que o seu fundamento é o interesse dos condôminos em que não entre na comunhão quem não lhes agrade, ou o de unidade e consolidação da propriedade. A venda a outro condômino exclui a incidência do art. 1.189; as benfeitorias de maior valor e o quinhão maior pesam a favor dos condôminos, entre si.

5.INDIVISIBILIDADE NATURAL E JURÍDICA.

A indivisibilidade, a que se refere o art. 1.139, é a *fisica* (natural), ou a *jurídica,* seja *legal* ou *negocial (e.* g., se foi deixada, com a cláusula de indivisibilidade, a casa ou a fazenda). As casas não são, *a priori,* divisíveis; e o *quod plerum que fit* é a indivisibilidade.

A respeito da divisibilidade das coisas o problema é mais grave do que podem pensar juristas sem preparo filosófico.

O Código Civil, art. 52, ousou editar a definição: "Coisas divisíveis são as que se podem partir em porções reais e distintas, formando todo perfeito". E no art. 58: "São indivisíveis: 1. Os bens que se não podem partir sem alteração da sua substância. II. Os que, embora naturalmente divisíveis, se consideram indivisíveis por lei, ou vontade das. partes". A respeito, nossos *Comentários ao Código de Processo Civil,* sob o art. 410. (No direito português de agora, depois do Decreto português n. 19.126, de 16 de dezembro de 1980, o direito de preferência, que têm os condôminos, cabe, qualquer que seja a coisa, "indivisível ou indivisa". Corrigiu-se para o errado.

Copiamos o certo, e a crítica sem razão que aqui se fez à nossa fonte, que foi o art. 1.566 do Código Civil português, refletiu-se em Portugal. A redação de 1930 é indefensável, no fundo e na forma.)
6.CONDÔMINO COM DIREITO DE PREFERÊNCIA.

O condômino que tem direito à preferência não precisa ser notificado judicialmente (Código de Processo Civil, art. 311-313), basta que se efetive a notificação extrajudicial, qualquer que seja o meio (telegrama, carta missiva, intermediário, memorando, telefonema), desde que, segundo as circunstâncias, seja em forma e fundo que ponha o condômino a par do lugar e tempo em que deve usar da preferência e saiba ele exatamente do que objeto se trata.

A jurisprudência andou acertada em explicitar que a notificação judicial é desnecessária (Tribunal de Justiça de São Paulo, 25 de maio de 1928 e 14 de março de 1924, *R. dos T.,* 46, 408; 49, 509).

7. CONDÔMINO CIENTE. Se ao condômino foi dado conhecimento da venda, ou da execução, tem de depositar o preço para haver a parte da coisa, ou as partes, que vão ser vendidas ou executadas. O prazo de seis meses, contado da venda, é somente para o caso de se não ter dado conhecimento judicial ou extrajudicialmente ao condômino (Código Civil, art. 2 A parte). Se o condômino teve ciência, cabe-lhe reclamar a preferência antes de assinado o auto de arrematação, ou de ser publicada a sentença de adjudicação (art. ao Código de Processo

Civil, arts. 976, 981 e 986). O pedido de remição á fasta o de preferência. Se algum condômino quer haver a parte alienada sem lhe ter sido dada ciência da alienação, cabem-lhe o ô *nus de afirmar* que é condômino, que o alienante foi omisso em notificá-lo e que ainda não passaram seis meses da alienação, e o *ônus de provar* essas afirmações, principalmente a de não ter recebido o aviso, com a oportunidade para exercer o seu direito de preferência. Se foi informado, porém não exerceu a pretensão que era sua, o art. 1.139 não o protege (Tribunal de Justiça de São Paulo, 10 de maio de 1930, E. *dos T.,* 74, 542). A publicidade não basta, se não há razão para editais de citação, ou se se trata de simples publicação de editais de hasta pública, ou leilão. No acórdão da Côrt e de Apelação do Distrito Federal de 18 de dezembro de 1912 (E. *de 19.,* 47, 598) julgou-se bem, posto que se houvesse usado de dois argumentos, um falso e outro verdadeiro (ter havido publicidade; ter estado presente à venda o condômino a que cabia direito de preferência).

Não tendo havido ciência, se o condômino da coisa indivisível deposita o preço, cabe-lhe requerer que se avise o locatário de que a ele, e não mais ao vendedor, ou ao que adquira, se deve pagar o aluguer (Tribunal de Justiça de São Paulo, 28 de maio de 1931, E. *dos T.,* 79, 167), e pode usar desde esse momento das ações de posse ou de propriedade relativas à parte, ainda que a transcrição em seu nome dependa do julgamento da *ação de depósito para aquisição,* que é executiva mandamental.

8.ALUGUEL.

No art. 636, o Código Civil dá *direito de preferência* ao condômino, se estranho pretende alugar a coisa comum.

Se dois condôminos ou mais querem a locação, ou um deles propõe mais, ou se disputa em juízo. Nem o Código Civil, art. 636, nem o Código de Processo Civil, art. 409, resolveram o problema se todos se conservam nas mesmas situações. O juiz não tem, ai, como aliás é a regra, arbítrio puro: examina as garantia‟ resultantes das pessoas dos interessados, a maior conveniência **.** todos, ou da maioria. Se a coisa é divisível em seu uso, pode o juiz decidir por esse aluguer de partes, que correspondem aos condôminos, ou seja em proporção dos seus quinhões, salvo se há razões para se afastar a divisão da locação, a despeito da sua praticabilidade. Se os condôminos não pretendiam arrendar o prédio, e um dos condôminos se apresenta para ocupar

parte que corresponda à sua fração, ou menos, e só então o outro ou outros condôminos reclamam o aluguer de todo o prédio, defere-se ao condômino o que pediu (MANUEL DE ALMEIDA E SOUSA, *Casas,* 145), e só se aluga o resto, que, *ex hipothesi,* é separável. Os discordantes podem, em todo o caso, pedir a divisão da coisa, segundo os princípios.

No caso de executar-se a coisa ou parte indivisa, persiste até a assinatura do auto de arrematação, ou a publicação da sentença de adjudicação, o direita de preferência, tanto por tanto.

9.BENFEITORIAS.

Se o prédio precisa de alguma parede (benfeitoria necessária), qualquer condômino pode erguê-la, reconstrui-la, ou elevá-la, inclusive no caso de ter sido citado pelo confinante *(e.* g., Código Civil, art. 588). O mesmo há-se de entender quanto às demais "despesas de conservação", a que se refere o art. 624: "O condômino é obrigado a concorrer, na proporção de sua parte, para as despesas de conservação ou divisão da coisa e suportar na mesma razão os ônus, a que estiver sujeita". "Se com isso não se conformar algum dos condôminos", acrescentou o parágrafo único, "será dividida a coisa, respondendo o quinhão de cada um pela sua parte nas despesas da divisão". O art. 625 prevê o caso de dívidas para obras ou serviços ou encargos *,tecesséflos* e *úteu,* ou, em geral, de proveito à comunhão: "As dividas contraídas por um dos condôminos em proveito da comunhão e, durante ela, obrigam o contraente; mas asseguram-lhe ação regressiva contra os demais". No parágrafo único: "Se algum deles não anuir, proceder-se-á conforme o parágrafo único do artigo anterior". Pode parecer que o condômino que não anui se exime de pagar. o parágrafo único é somente para o caso de obras ou despesas que se vão fazer, e não para o caso de despesas já feitas, ou já tornadas devidas.

§ 1.284- Condomínio e gravames

1."GRAVAR".

O art. 628, III, *in fine,* diz que o condômino pode gravar a sua parte indivisa. "Gravar" está, aí, em sentido amplo, de constituição de direito real (enfiteuse, usufruto, uso, habitação, hipoteca, anticrese,

penhor). Mas a possibilidade depende do conteúdo do direito real e da destinação do bem. O usufruto é, de regra, possível: o que o condômino poderia usufruir o outorgado usufrui. A eficácia real depende do Registro. Não há, *o. priori,*

~tradição do uso e da habitação; nem da enfiteuse. A habitação pode ser *pro quota,* se bem que haja dificuldades na prática. Se a estimação da coisa e a regulação do exercício dos direitos não gera impossibilidade, pode constituir-se uso ou habitação, com eficácia real após Registro. Observe-se, porém, que tudo isso exige assentimento dos outros condôminos (art. 688). A servidão não pode ser *pro parte indivisa. E*" a coisa que a sofre, é a coisa toda, em sua integridade, que serve. A constituição dela exigiria, não o assentimento (art. 638), mas o consentimento de todos os condôminos.

Os titulares dos direitos reais sobre *pars nota divisa* não são ouvidos nas sessões deliberação, nem tomam parte na administração *(ajiter,* se a comunhão é do direito real limitado, comunhão de usufruto, de uso, ou de habitação).

Após a divisão, se o usufruto, o uso ou a habitação não é a termo resolutivo da cessação da comunhão, continua ele

de gravar a coisa *pro parte* se, após a cessação da comunhão, a coisa passa a pertencer somente ao que era dono da parte indivisa gravada. Se a propriedade da coisa ou da parte indivisa gravada é transferida a outro condômino, por ter cessado a comunhão, a soma que o condômino recebe fica na situação do ad. 728, por analogia. Tratando-se de enfiteuse, de uso ou de habitação, o direito não pode recair em soma de dinheiro: há sub-rogação com extinção do direito sobre a coisa ou parte, e incidência na coisa ou na parte alíquota.

A hipoteca da parte indivisa é possível. O titular do direito de propriedade sobre a parte indivisa pode precisar de dinheiro e oferecer em garantia a parte do bem em comunhão *pro indiviso;* ou ter de garantir alguma dívida já existente. No direito romano, por defeito de concepção dos poderes do condômino, podia ele hipotecar a parte indivisa, ou toda a coisa. Se, posteriormente, a coisa passasse ao domínio exclusivo de outro condômino, ou a outro condômino fosse a parte indivisa, ou a coisa toda a outrem, terceiro, fosse, a hipoteca continuaria de gravar a *para dominica* ou a coisa. Posteriormente, sistemas contemporâneos permitiram tão-só a hipoteca da parte indivisa, mas faziam dependente da atribuição da coisa ou da parte, na divisão, ao condômino hipotecante a continuação da eficácia da hipoteca.

No sistema jurídico brasileiro, a sentença de divisão é declaratória, no sentido do direito material (ad. 631), e n~o atributiva de propriedade, e os condôminos, que não hipotecaram as suas *partes pro indiviso,* estão livres de qualquer gravame pelo ato do condômino hipotecante. Se ao condômino hipotecante vem atribuidos, afinal, bens ou bem imóvel de valor inferior ao da *pars pro indiviso,* a garantia hipotecária recai sobre o dinheiro com que se lhe completa o valor. Se ao comuneiro se atribui outro bem imóvel, ou quota noutro bem imóvel, a hipoteca passa a gravar esse bem imóvel, ou essa parte indivisa ou divisa no bem imóvel, que se lhe deu na partilha, ou, se não basta o valor, no que se lhe atribuiu em dinheiro. Por isso mesmo, e para que não haja fraude contra o credor hipotecário, ou contra os credores hipotecários, deve ser chamado aquele, ou devem ser chamados esses aos juizes de partilha ou de divisão. Tais princípios tanto concernem às hipotecas voluntárias quanto às legais e à judiciária.

Cumpre que se considerem separadamente a hipoteca sobre a parte indivisa e a hipoteca sobre bem imóvel que faz parte de comunhão. Aquela é a hipoteca de que cogita o art. 628, III, *verbis* "gravá-la". t preciso que o bem seja hipotecável, posto que não seja preciso que, sendo hipotecável de regra, o sejam as outras partes indivisas *(e. g.,* podem ser essas inalienáveis em virtude de cláusula testamentária de inalienabilidade). Terceira espécie é a hipoteca da parte divisa do prédio de apartamentos, hipoteca que recai sobre a quota abstrata no terreno e nas partes integrantes comuns e sobre a quota material no edifício. Tratando-se de condomínio, a hipoteca é sobre o bem, ou sobre parte indivisa. Se, na divisão ou na partilha, se dá ao devedor algum bem imóvel, sobre ele recai a hipoteca, segundo os princípios da sub-rogação real. Se, por ter o condômino devedor de repor a algum condômino, o condômino devedor hipotecário recebe bem imóvel de valor superior à quota que havia hipotecado, a hipoteca recai sobre todo o bem, mas os credores da reposição têm preferência pelos seus créditos no que excede o valor da quota hipotecada. Se, por ter alguém de repor ao condômino hipotecante, recebe esse bem de valor menor que a sua quota, que fora hipotecada, *e g.,* recebe em dinheiro, ou titulo cambiário, tem-se de depositar o que completaria o valor, por força do princípio da sub-rogação real.

No caso de hipoteca de bem imóvel que faz parte de comunhão *(e.* g., prédio subordinado à comunhão matrimonial de bens), a hipoteca recai sobre ele até que se aliene, ou seja desapropriado, ou seja destruído, caso em que se recebe o seguro, havendo-o. No preço sub-roga-se o prédio. Tratando-se de comunhão em que não há a mão-comum do regime matrimonial de bens, como se há comunhão de bens por eficácia de negócio jurídico, cada comuneiro pode alienar ou

gravar a sua parte indivisa e, na partilha ou divisão, o que for ao comuneiro hipotecante continua gravado, se for imóvel, ou até à concorrência do valor recebido em dinheiro, mais despesas.

Sempre que não há sub-rogação do bem por outro, mas sub-rogação por dinheiro, que não tenha de ser sub-rogado por outro bem imóvel, a hipoteca extingue-se em virtude de resolução. Resolução é o termo próprio. Se há mais de uma hipoteca, há graus para a satisfação dos créditos.

Se houve hipoteca sobre uma parte indivisa e outra sobre bem imóvel determinado, pertencente à comunhão, a data da inscrição é que gradua.

Se o condômino hipoteca a coisa toda, em vez de só hipotecar a parte indivisa, a hipoteca sobre as partes indivisas alheias é ineficaz; eficaciza-se se todo bem fica ao condômino hipotecante. Se o bem vem a tocar a outro condômino, a hipoteca recai sobre o dinheiro reposto, ou sobre o bem que foi atribuído. Se só a parte que pertencia ao condômino hipotecante e que lhe é atribuida, a hipoteca recai sobre essa parte indivisa, caindo no vácuo, quanto à eficácia, o resto.

2. NEGÓCIO JURÍDICO COM O CONDÔMINO. A coisa comum ou a parte indivisa pode ser gravada ainda a favor de um ou alguns dos condôminos. A coisa pertence a A, B e C: pode A hipotecar a quota *a* a C, ou a 13 e C; e A, E e O podem hipotecar a coisa a A, ou a E, ou a C, ou a A e B, ou A e O, ou E e C. Nada obsta a que, em vez de hipoteca, se trate de constituição de servidão, por A, 13 e C, a favor do prédio vizinho pertencente a A, ou a *B,* ou a O, ou a dois deles, ou a todos. O contrato e o acordo de transmissão são, aí. consigo mesmo; porém o direito brasileiro não repele, em princípio, tais negócios jurídicos (Tornos 1, § 91,3, e III. §§ 313 e 318). A servidão apanha toda a coisa. Tem-se de atender aos pressupostos para a constituição de servidões.

O que acima se disse sobre o gravame a favor do condômino não se entende com o gravame de bens em mão-comum, como os dos cônjuges; mas o princípio é o mesmo. O marido e a mulher podem hipotecar a favor de um deles o bem matrimonialmente comum, ou constituir a favor de imóvel partilhar servidão sobre o imóvel comum, salvo *fraus legis* ou fraude contra credores. Podem adquirir para o bem imóvel comum servidão sobre bem particular; e qualquer dos cônjuges hipotecar ao casal o bem particular. Ou vice-versa (G. PLANCK, *Kommentar, 4* ed., 539; J. EIERMANN, *Sachenrecht,* 308; O. WARNEYER, *Kommentar,* 221).

Se a coisa toda foi gravada a favor do condômino, a sua parte indivisa está gravada, como as outras. Tal gravame (a) é inconfundível com *(b)* o gravame da parte indivisa pertencente a um condômino, ou das partes indivisas pertencentes a alguns ou todos condôminos »menos um, feito a favor desse, em cuja categoria jurídica não há, de modo nenhum, negócio consigo mesmo. Aquela primeira espécie (a) é a que aparece no § 1.009, alínea 1.a, do Código Civil Alemão, perfeitamente admitida no sistema jurídico brasileiro.

A coisa comum pode ser dada em usufruto, ou uso, ou habitação, ou renda sobre imóveis, a um dos condôminos, bem como a parte indivisa de outro condômino, ou as de alguns condôminos, ou as de todos os condôminos menos um.

3.LOCAÇÃO E GRAVAME.

O art. 623, I e II, não cogitou do aluguer da parte indivisa ou de outra atribuição obrigacional do uso. De locação só se falou a respeito de toda a coisa (arts. 635-639). Pergunta-se: apode o condômino alugar a parte indivisa?

Negativamente, M. VITALEvI *(Deita Comunione d.ei beni,* n. 360 s., salvo se houve formação de partes divisas de uso); afirmativamente, L. BARASSI *(Corso di Lezioni sitUa Comproprietá,* 337) e L. SALIS *(La Comuniorte,* 109 a.). Nada impede que loque quem podia usar a coisa. Mas tal locação é subordinada à resolução pela deliberação de locar-se a coisa toda ou de vender-se a coisa, salvo se todos os outros condôminos assentiram (art.

633) na locação da parte indivisa sem essa cláusula explícita ou implícita, devendo-se entender que concordaram com a locação a prazo determinado sem a cláusula de resolução ou cessação. Se há a cláusula, não há pensar-se em continuar a locação com o condômino locador que ficou com a coisa; mas pode incidir o art. 1.195.

A locação da coisa comum pelo condômino, sem que os outros condôminos hajam consentido, é contrato que somente obriga o condômino que locou. Não pode ele dar a posse imediata da coisa, sem que os outros consintam.

A eficácia da locação em que os outros não consentiram, mas pode recair sobre parte e os outros condôminos com isso concordaram, é eficaz *pra parte.* Se os outros condôminos não se opuseram à posse de toda a coisa pelo locatário, a despeito de ter sido apenas com um dos

condôminos o contrato, é ato do qual se pode tirar que os outros condôminos admitiram a administração (do condômino fiador e ganha o contrato a eficácia que faltava.

Deve-se evitar dizer que o contrato de locação, feito pelo condômino, sem o assentimento ou o consentimento dos outros, é nulo *(e.* g., l. Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 11 de março de 1947, *R. dos* 2℃., 168

295). O caso é de ineficácia; não, de nulidade.

Se foi escolhido administrador, tem ele poder para alugar, salvo se consta da sua investidura restrição a esse poder. A locação obriga a todos os condôminos, ainda que a deliberação de alugar tenha tido votos de minoria **(i.a** Câmara da Côrte de Apelação do Rio de Janeiro, 3 de agôsto de 1936, *A. .T.,* 40, 289).

O art. 636 dá ao condômino direito de preferência quanto à locação. Tal direito há de ser exercido por ocasião de se ter de locar, devendo o administrador comunicar a cada condômino, ou ao que está interessado (todos se presumem interessados) as cláusulas da oferta recebida, ou os termos da oferta que a comunhão faz. Se no contrato se insere a cláusula de prorrogação a líbito do locatário, o direito de preferência somente se pode exercer se o locatário não exercer o direito à prorrogação (l. Câmara da Côrte de Apelação do Rio de Janeiro, 3 de agôsto de 1936, *R. 2W~,* 68, 608). Tratando-se de renovação de contrato, o direito do condômino é segundo o art. 8.0, *e),* parágrafo único, do Decreto n. 24.150, de 20 de abril de 1984 (cf. *4,* Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, 8 de maio de 1947, *R. dos 2*℃*.,* 168, 268).

§ 1.285. Condomínio e servidão

1. SERVIDÃO PASSIVA.

A servidão passiva tem de ser consentida por todos os condôminos do prédio serviente; e, ainda que todos menos um consintam, a favor de prédio alheio, seu ou de todos os condôminos do prédio serviente, condôminos do prédio dominante, ou do próprio condômino dissidente, dono único do prédio dominante, a servidão passiva não se constitui. A unanimidade é exigida.

Nos casos em que a *servidão* passiva se constitui sem negócio jurídico, isto é, em virtude de lei, ou de usucapião, a lei ou o consentimento por um dos condôminos, sem oposição dos outros, ou o simples sofrer a servidão pelo tempo que a lei marca para se usucapir (Código Civil, art. 698 e parágrafo único), basta à constituição contra todos, uma vez que são indivisas as partes.

2.SERVIDÃO ATIVA.

. A servidão ativa que algum dos condôminos adquire a favor do prédio em condomínio aproveita a todas as partes indivisas, uma vez que é ao todo que aproveita. Se houve partilha do uso, provisória, ou há contrato entre os condôminos para que as benfeitorias e servidões adquiridas por um dos condôminos, ligadas a certa parte, lhe dêem preferência, na partilha, a essa parte, tem de ser respeitadas, na sentença de partilha, ou na escritura, as disposições contratuais. Semelhantes disposições podem provir de testamento ou de declarações unilaterais de vontade, ou de lei.

8.□ CÓDIGO CIVIL, ART. 710. NÃO INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO "NUTLI RES SUA SERVIT". Diz o art.

710 do Código Civil:

"As servidões prediais extinguem-se: 1. Pela reunião dos dois prédios no domínio da mesma pessoa. II. Pela supressão das respectivas obras por efeito de contrato, ou de outro titulo expresso. III. Pelo não uso, durante dez anos contínuos".

Quanto ao inciso 1, o fato de se ter feito ou ter sido feito condômino do prédio serviente o dono ou condômino do prédio dominante não extingue a servidão predial: aí, o princípio romano * *Nulti res sua servit* falha. É preciso que se cancele a inscrição.

Quanto ao inciso II, o negócio jurídico entre um, alguns, a maioria, ou todos menos um dos condôminos não tem o efeito que a lei civil prevê como regra dos casos ordinários.

A unanimidade é de exigir-se.

Quanto ao inciso III, o não-uso pelos condôminos do prédio dominante precisa ser por todos;, o uso somente por um dos condôminos aproveita a todos.

§ 1.286. Direitos e deveres de vizinhança

1.PRINCIPIO. Os direitos e deveres de vizinhança não se alteram para mais, ou para menos, se algum ou todos os condôminos de um prédio são condôminos de prédio vizinho, ou de prédio dominante, ou serviente.

2.ENTRE CONDÔMINOS.

Os direitos e deveres de vizinhança são limitações) e não *restrições* ao conteúdo do direito dos condôminos. Já vimos que as limitações não se confundem com as reações ao abuso do direito de propriedade, nem com as restrições de origem legal ou negocial, como as servidões. Essas categorias aparecem em relação aos condôminos como entre estranhos. Ao tratarmos dos direitos de vizinhança, referiremos alguns casos, principalmente no tocante ao direito de construir.

§ 1.287. Uso e fruto da coisa comum

1. O “QUCO PLERUMQUE FIT”. O condômino goza, usa e frui a coisa comum. pode, porém, ocorrer que só tenha a propriedade fiduciária, ou só a fideicomissária; que tenha o domínio despojado de algum elemento (usufruto, uso, habitação), cu que a coisa já esteja alugada ou em anticrese. Não é o que mais acontece.

2.USO DA COISA; PARTILHA PRECÁRIA. Cada condômino pode usar da coisa comum, desde que não exclua ou ofenda os outros. Dentro desse princípio, é lhe permitido variar de uso ou de exploração, salvo se, com isso, infringe acordo cuja violação acarreta prejuízos aos demais, ou a algum ou alguns dos demais. Nada obsta a , por acordo ou costume do lugar, que aí é *declaração de vontade* (não regra

jurídica!), cada um ocupe parte do prédio rural ou da casa: o ônus da afirição e o da prova é comum ao que propõe a ação para continuar a ocupar e ao que propõe para haver perdas e danos.

Se houve partilha precária, com o consentimento de todos os condôminos, ainda pelo silêncio, cada condômino ou os condôminos que ocupam partes provisôriamente localizadas podem cercar ou pôr porta, cancela ou grade, ou outro obstáculo removível que separe as partes localizadas ou que dificulte a passagem.

Se não há contraindicação pelas circunstâncias, cada consorte pode instalar no lugar serviço profissional, ou indústria. De regra, não pode fazer o que vizinho não comuneiro não poderia fazer; no caso especial do condomínio, tem-se de examinar o interesse dos condôminos e afastar-se tudo que importaria em abuso do direito de usar a coisa *comum.* Não há regra jurídica *a priori:* o dano aos outros condôminos, ou a ameaça de dano, é que marca o limite ao aproveitamento pelo condômino.

3.FRUTOS.

Quanto aos frutos, cada condômino percebe o que lhe toca segundo a sua parte indivisa. Dão-se a c *ommunicatio lucri et damni* e a divisão dos cômodos e incômodos, em proporção às partes indivisas e seu tamanho. A partilha é do liguido, positivo ou negativo. Naturalmente, as regras relativas à divisão proporcional são regras jurídicas *disvositivas,* raramente interpretativas. De modo que são possíveis as construções negociais que se afastam do principio da proporcionalidade.

O administrador do condomínio, seja estranho, ou seja condômino, deve repartir o rendimento líquido, prestando as suas contas. Cada condômino pode dispor, como entenda, dos frutos que lhe forem destinados, ou que recebeu, salvo, também ai, regra negocial em sentido contrário.

4.VANTAGENS E FRUTOS. As vantagens que não são frutos da coisa, nem são elementos tirados~dela, ou são alterações exteriores, ou aumentos imateriais do valor, em função, por exemplo, de variação econômica. Esses não importam em alteração da coisa e apanham toda a coisa, aumentando-lhe o preço, ainda que tenha havido obra ou serviço de algum dos comuneiros. Se o comuneiro que determina o incremento do valor tem direito, pretensão e ação para se reembolsar

de despesas é outra questão. Quanto ao que constitui aumento ou modificacão material, ou atinge a destinação econômica do bem ou não na atinge. A primeira espécie pode derivar da atividade de todos os comuneiros, ou da maioria, ou de mandato, conforme deliberação regular. O art. 628 diz que “nenhum dos comproprietários pode alterar a coisa comum, sem o consenso dos outros”. (A ação prescreve 110 prazo do art.

178, § 10, IX, por se tratar de ofensa ao “direito” da propriedade.) A maioria, que deliberou, ou fêz, após deliberação, há de ser a maioria de que cogitam os arts. 635, § 1º, e 637; porém o condômino que faz benfeitorias, de seu próprio moto, aumenta o valor sem direito a reembolso de despesas, salvo se para a conservação da coisa (art. 624) ou se é caso para se invocar o ad. 547, □

1 a parte, ou o art. 548, ou o ad. 549. Se houve completa mudança da coisa *(e. g.*, abriu-se rio onde havia terreno para se fazer o muro), os que não concordaram podem pedir o retorno, se possível, ao primitivo estado; se não é possível, ou se não o pediram, a comunhão continua, tenha, ou não, havido aumento de valor, ou diminuição.

Para as despesas, que vão ser feitas, rege o art. 624. Quanto ao já gasto, regem os arts. 625 e 626.

O tesouro vai, por metade, ao proprietário (art. 607), se não foi ele quem o achou; se foi ele quem o achou, todo o tesouro lhe pertence. Se há dois ou mais condôminos, a todos passa a pertencer, por metade (art. 607), ou por inteiro (art. 608). Se quem o achou foi um dos comuneiros, recebe metade como achador e a sua quota na outra metade.

Os frutos naturais, como as frutas e os prêmios de título de crédito, regem-se pelo art. 638. O que se partilha *pro quota* são os frutos; só a maioria pode decidir sobre a venda dos frutos e a sub-rogação deles pelo preço. Os arts.

547-549 só são invocáveis se o comuneiro reclama o que semeou, plantou ou edificou, não os frutos; porque os frutos “non iure seminis, sed iure soli percípitur”. Cf. JULTANO, L. 25, pr., D., *de usuris et fructibus et causis et omnibus accessionibus et mora,* 22, 1: “O que sabe que tem um fundo em comum com outro não faz seus os frutos que do fundo (ex eo) tiver percebido, contra a vontade de seu sócio ou ignorando-o esse, em parte maior do que aquela em que é dono do prédio. E não importa que ele mesmo, ou seu sócio, ou ambos o hajam semeado (eos severit), porque todo fruto se percebe, não por direito de

semeadura, mas por direito do solo (quid omnis fructus non iure seminis, sed iure soli percipitur) ; e assim como se alguém possuísse, cientemente, todo o fundo alheio, não faria seus os seus frutos em qualquer porção, de qualquer modo que houvesse sido semeados, assim o que possui fundo em comum nãn fará seus os frutos naquela parte em que o fruto pertencer a seu sócio". A regra jurídica do art. 638 é dispositiva *(verbis* "não havendo em contrário estipulação ou disposição de última vontade"). Tem-se de interpretar, primeiro, o negócio jurídico, para que se assente se dispôs contrariamente; se não se dispôs, incide o art. 638. Uma das espécies em que se afasta tal incidência é aquela em que estabelecem os figurantes ou o figurante estabelece que haja posse de partes *pro diviso* (posse até o rio, posse depois do rio; trinta mil metros, do lado da rua, a A e o resto de B). Então, cada um colhe o que produz a parte divisa, possessoriamente, ou ceonomicamente. Se A colhe, e E não colhe, porque não produziu frutos a sua parte, E não tem direito, pretensão ou ação contra A. Outra espécie em que o art. 638 não incide é a em que, não tendo havido pacto de divisão de frutos, a prática pré-eliminou a invocação da proporcionalidade às quotas; mas, para que isso se dê, é preciso que o negócio jurídico de que resultou a comunhão permita a formalidade do pacto posterior e não se trate de administração: a prática somente distribui se ela mesma é negócio jurídico eficaz. Se foi nomeado administrador algum dos comuneiros, o que ele recebeu a mais, em tempo seguido, pode ser recompensa pela administração.

Se não foi regulado quem e como se distribuiriam os frutos, o comuneiro, que procedeu à separação, pode distribui-los: as despesas relativas à colheita e à distribuição são despesas do art. 623 e rege, quanto ao comuneiro que administra sem oposição dos outros, o que se diz no art. 640. A distribuição injusta ou injustificada é atacável como pagamento, ou como o ato jurídico *stri ato sensu.*

O *art.* 638 não só se refere aos frutos naturais. Também incide em se tratando de frutos civis. Se consistem em prestações divisíveis, cada condômino tem ação contra o terceiro devedor por sua quota.

Se um dos comuneiros, administrando o bem comum, inverte fruto ou preço de frutos em aquisição de alguma coisa, sem consentimento dos outros condôminos, a coisa *succcdit in locum pretii* (sub-rogação real). Outros sistemas jurídicos podem não admitir e de regra não admitem o princípio *Res succedit in locum pretii,* fora das 6

espécies em que a lei aponta, expressamente; porém, no sistema

real apanha todas as espécies que cabem no art. 56 (Tomo II, § 154). Basta que se trate de assegurar restituição de massa de bens, ou que haja bem submetido a destino especial. Os condôminos adquirem o preço do que se vendeu e a coisa perdida . se comprou, como o proprievenda e o filho o que o aduí)e a propriedade do produto da tes ao filho, A largueza adquiríu com os meios pertencente a quaisquer coletividade se concebeu o art. 56 refe inadmissível o que de fato e de direito torna-se praticável.

§ 1.288. ALTERAÇÕES NA COISA

.MODIFICAÇÕES. Diz-se no art. 628: "Nenhum dos comproprietários pode alterar a coisa comum, sem o consenso dos outros". A ofensa, se trata de inovação não permitida, é ao direito de propriedade, e a prescrição ocorre com o prazo do art. 178, § 10, IX. Abstrai-se do dano material, ou moral, que resulte do ato ilícito subsumivel nos arts. 159 e 160 *(ex argumento)*. Nada tem o art. 628 com o dever de contribuir para as despesas que vão ser exigidas pela alteração de que o condômino queira ter o gozo. No art. 628 apenas se explícita que o condômino, para alterar a coisa, precisa do consentimento dos outros. Consentimento, e não assentimento. As alterações, a que alude a regra jurídica, são todas as que atingem a estrutura da coisa, ou o seu destino, valor ou utilizabilidade básica; e não as obras que sirvam ao seu destino e à sua utilização, sem que se possam considerar alterações da coisa. Se a alteração atinge a coisa, o seu destino, valor e utilizabilidade, para que se inicie, ainda se a beneficio de todo., é preciso que sejam convocados, interrogados e ouvidos os condôminos, ou que se lhes comunique o que se quer fazer, recebendo-se a resposta ou tendo-se, segundo os princípios, como expressão assentinte de vontade, o silêncio. Não se tem por alteração o simples conserto ou restauração, as medidas de conservação, ainda que algo de nôvo impliquem. A reconstrução também exige o consenso unânime e não se considera incluída no art. 624: há de haver deliberação e assunção da divida. Ás alterações a que se refere o art.

628 ou são melhoramentos, ou não; mas, naquela ou nessa espécie, o consentimento unanime é exigido e, sem ele, não assume divida o condômino. A intervenção do condômino, de que cogita o art. 624, é para se resguardar o *status quo;* no art. 628 parte-se de que o interesse da comunhão está em que se guarde tal *que* e, portanto, se tenha. como inadmitida toda inovação que se possa considerar não incluída

no simples exercício do uso ou na atividade para que o uso seja iniciado e mantido.

2.NECESSARIEDADE POSTERIOR À UTILIDADE. Se a alteração se apresentou como útil ou voluptuária, mas, depois, se fez necessária, o assunto desloca-se do **art.** 628 para o art. 624.

1.289. AÇÕES DOS CONDÔMINOS ENTRE SI

O condômino que propôs a alteração e não obteve o consenso unânime não está privado, nem se eximiu do dever, *se o tem,* de fazer as obras necessárias. Se o tem; porque não há, na lei, tal dever. Pode mesmo declarar que só iniciará as obras necessárias (art. 624) se dado o consentimento unânime, ou se depositado, previamente, o importe das despesas.

1.DOMÍNIO.

O condomínio é domínio. Esse enunciado simples - às vezes esquece aos juristas. Alguns erros e exatidões de julgamento se originam de se ver, examinando-se o condomínio, mais a comunhão, a conjuntiva, que o dominio, mais o acidental do que o essencial. Condomínio é apenas domínio *mais* domínio.

2.REIVINDICAÇÃO DO TODO E DA PARTE

.

O condômino tem ação de reivindicação contra terceiros (Código Civil, artigo 623, II). Discute-se se pode o condômino reivindicar a coisa contra outro ou outros condôminos. SÃ PEREIRA (Da Propriedade, *Manual,* VIII, 04, 405) entendia que, no ad. 623, II, o legislador brasileiro tomou partido a favor da reivindicação contra terceiro e "implicitamente a recusou contra outro condômino"; e não podia concedê-la, "sem quebrar a linha na qual estruturou a compropriedade". E acrescentou: "Os Romanos eram lógicos, autorizando a reivindicação entre condôminos, porque no seu sistema a partilha era atributiva da propriedade, e a adjudicação era modo de adquirir o domínio Mais: "Igualmente lógicos são os franceses

recusando-a, porque no seu sistema a partilha é declarativa e não atributiva da propriedade". CARLOS MAXIMILIANO *(Condôminio,* 31) seguiu-lhe as pegadas, dizendo apenas: "O Código brasileiro adotou a rota mais segura, a mais lógica, o meio termo: atribuiu o direito a ser exercido antes da divisão, contra terceiro, apenas".

O primeiro argumento de SÃ PEREIRA firmava-se em brocardo assaz perigoso, o *Inclusio unius est exclusio alterius,* que depende da *exaustividade da regra,* de ser - *sobre* os dois casos e só se referir a um, etc. Ora, no art.

623 isso não se dá. A regra .4... cada condômino ou consorte pode: II. Reivindicá-la de terceiro" e regra autônoma, precedida e seguida de outra, o que de si só desautoriza interpretá-la como exaustiva. O ad. 623, 1, que se refere aos direitos dos condôminos entre si, permite-lhes o exercício de todos os que sejam *compativeis* com a indivisão.

O segundo argumento foi o de que a reivindicação entre condôminos quebraria a linha em que o Código Civil estruturou a compropriedade: a divisão é "declarativa", e não "atributiva" (ad. 631) ; e ainda se o não fosse **(!).**

A concepção da compropriedade não variou. A estrutura, que o Código Civil lhe deu, é a velha estrutura romana, com pequenos influxos germânicos. Sempre tivemos a *vindicatio partis.* Se se contesta ao condômino a qualidade de dono, é a reivindicação que lhe cabe. MANUEL .LLVARES PÉGAS *(Resolutiones Forenses,* V, 94) foi peremptório: "Haec actio (reivindicationis) est utilis et directa... et competit tam circa praedia rustíca, quam urbana... et competit pro finibus totius fundi, *et pro finibus partis ;* e CORREIA TELES *(Dou trina das Ações,* ed. de 1918, § 276, 278) : "Se o autor não estiver de posse da coisa comum, e os réus lhe negaram a comunhão no *ius in re,* deve então usar da reivindicação". Certo, também, LACERDA DE ALMEIDA *(Direito das Coisas,* 299). O ser "declarativa" ou "atributiva" a eficácia da partilha nada tem com a reivindicabilídade da parte. O que se chocaria com a estrutura da compropriedade no Código Civil seria exatamente negar ao condômino, que dono é, a ação específica de restituição da coisa ou parte, que é a ação de reivindicação.

Por onde se ve quão sem base foi a afirmação dos dois juizes. A compropriedade gera pretensões reais, como as gera a propriedade exclusiva. Se um dos condôminos se faz possuidor exclusivo da coisa, ou se o era antes da comunhão e continua de o ser, o outro ou os outros tem a *partis vindicatio,* ou, se foi o possuidor mesmo que deu o título, a *immissio possessionis.* Tem qualquer deles contra o outro ou os

outros, que excedam os limites do uso e das modificações ou ingerência, a ação negatória. A discussão, em torno do direito comum, quanto a poder o condômino ir contra os terceiros, sozinho, por toda a coisa, não tem hoje razão de ser: por toda a coisa, tem o condômino a reivindicatoria (e, tratando-se de bens móveis, a ação do art. 521), e a ação negatória, se bem que, tratando-se de ação de restituição, o pedido seja para a entrega a todos, ou para o depósito a favor de todos. Nada obsta a que só demande pela *para dominica,* quer em *partis vindicatio,* quer em ação possessória, ou de imissão de posse.

Cabem ao condômino as pretensões de restituição da posse, as pretensões pela ofensa ao direito de propriedade e pelos danos à coisa, as pretensões que lhe competem como titular de direito servidão e as pretensões à retificação do Registro de imóveis, e as ações declaratórias que teria o proprietário exclusivo (G. PLANCK, *XommenUtr, fil,* 4a ed., 542). A pretensão à restituição da coisa toda não pode ser exercida se o outro ou outros condôminos não querem ou não podem recebê-la (G. PLANa, *Kommentar,* 4. ed., 543; sem razão, 1(. HELLWIG, *Anspruch uni!*

Klagrecht, 187): então, a pretensão é à restituição da *para dominica* ou da posse da *para domtníca,* salvo se houve esbulho. Em qualquer caso, pode o condômino somente pedir a parte indivisa, ou a composse *(3.* BIERMANN, *Sachenreokt,* 311). Não tem o dever de pedir toda a coisa, ou toda a posse.

Quanto ao *possessoriizt sumarariissmal* (art. 500) e a ação de esbulho (arts. 506 e 508), o condômino pode pedir a posse da coisa toda, ainda que os outros condôminos não a queiram ou não na possam receber, porque se trata de restauração do status *qno.* O art. 892 é invocável pelo condômino (E. WILLENBÚCEEB, *Das LiegenschaftSreCh~t des .,* 78). Se o condômino somente demanda por sua parte, somente pode pleitear quanto às obrigações acessórias a ela (J. BIERMANI4, *Sach,enrecht,* 311).

A coisa julgada desfavorável, na ação proposta pelo condômino, não se estende aos outros condôminos.

O condômino que pleiteia a restituição de toda a coisa tem de provar a propriedade dos demais condôminos. Se somente prova a sua, não pode querer que se defira quanto ao mais.

8.“JUDICIA COMMUNI DTVIDUNDO” E “WAMXLIAE EITCISCUNDAR”. Os *indicia co nmuni dividundo* e *famiiiae erciscundae*

pretendem a extinção da comunhão; isto é, a extinção da comunhão, ou pela conversão do objeto em coisas distintas, *e. g.,* dois prédios, que sejam obtidos por troca da na *commnnis,* ou em dinheiro, OU

ainda, pela divisão material da coisa comum (e. g., loteamento da terra em condomínio e atribuição doe lota segundo as quotas).

4.RESPONSABILIDADES DOS CONDÔMINOS ENTRE SI.

O condômino responde aos outros por seus atos ilícitos, pelos deveres de vizinhança e pelo abuso do direito, como se condômino não fosse. Não há alteração dos princípios. A ação de enriquecimento injustificado é admitida, como a *ex delicto.* Bem assim, a de haver o que o condômino despendeu era proveito da comunhão (ação de condenação).

Se a obra nova foi autorizada, devem os outros condôminos o preço dela; se bem que possam opor objeção de inversão em proveito próprio, e não da comunhão. Se não foi autorizada, é ao autor que cabem o ônus de afirmar que houve o proveito da comunhão e o ônus de provi-lo.

§ 1.290. Posse e condomínio

1. COMBINACÃO DE POSSE OU COMPOSSE E DOMÍNIO OU CONDOMÍNIO. A posse é acidental para o condomínio como o é para o domínio. Pode haver domínio e posse, domínio e composse, condomínio e posse única, condomínio e composse, como domínio sem posse e condomínio sem posse.

2. CÓDIGO CIVIL, ART. 488. Qualquer dos condôminos pode exercer os atos inerentes à posse, desde que não exclua a posse dos outros condôminos. O Código Civil, no art. 488, previu: “Se duas ou mais pessoas possuírem coisa indivisa, ou estiverem no gozo do mesmo direito, poderá cada uma exercer sobre o objeto comum atos possessórios, cantante que não extinam os dos outros compossuidores”.

A posse e a defesa da posse comum exercida por um só ou alguns dos condôminos aproveita a todos. O ato de um, ou de alguns, aproveita a todos, quer pan interromper a usucapião da propriedade, ou da servidão, quer para outros efeitos de direito.

Tanto o compossuidor direto quanto o indireto têm defesa possessória, portanto também o que alugou a coisa comum.

Não há, no direito brasileiro, a ação possessória para determinação dos limites do uso entre condôminos; porque 8

questão é *petitória.* Porém permanece a possessória contra turbação de composse.

3.POSSE DO CONDÔMINO ALÉM DO DEVIDO. Se algum condômino exerce a posse, sem que o outro ou os outros reclamem, a sua posse há de ser tratada como a de qualquer pessoa. Se esse condômino aliena a sua parte e, com a alienação, transfere a posse que exerce, o adquirente não pode ser molestado, com a alegação de estar indiviso o imóvel. Diga-se o mesmo quanto às benfeitorias. Assim julgou, e bem, o Tribunal de Justiça de São Paulo, a 20 de dezembro de 1895 e 12 de agôsto de 1896 (G. *J. de S. A,* 12, *276).* Entre os condôminos são possíveis as mesmas questões de posse que entre quaisquer nutras pessoas e os mesmos são os remédios processual possessórios (Tribunal de Justiça de São Paulo, 17 de agôsto de 1915, *1?. dos T.,* 15, 352).

certo que o condômino como o co-usufrutuário, o co-usuário e o co-habitador não pode praticar atos de senhor único do bem, nem lhe é permitido dar posse, uso ou gozo da coisa a estranho, sem assentimento dos demais (Código Civil, art. 633), mas isso não quer dizer que não possa usar a coisa ou transferir a terça, se, com a sua posse, não *exclui* a dos outros que acaso a queiram exercer. Contra a tentativa (ameaça) ou a efetividade da posse exclusiva têm os outros as ações possessórias; tanto mais quanto entre condôminos, se os usurpados não se defendem, pode vir a dar-se usucapião (cp. Côrte de Apelação do Distrito Federal, 12 de maio de 1911, *R. de D.,* 20, 590). O estar pendente ação de divisão (Tribunal de Justiça de São Paulo, 10 de agôsto de 1920, *R. dos T.,* 35, 856), ou outra qualquer, como a de aluguer ou venda da coisa comum, não obsta a que o condômino exerça contra outro, que o desapossou ou fêz exclusiva a posse que tinha, ou estendeu a todo o imóvel a posse parcial que se lhe tolerara, ou permitira, as ações de força nova ou de força velha, ou quaisquer outras.

VIDA DO CONDOMÍNIO

§ 1.291. Frutos, uso e gozo

1. COISA COMUM. A vida do condomínio começa do momento em que nasce o direito de propriedade de duas"

pessoas *pelo menos.* A entrada de terceiro condômino nada tem com a existência, ou não, de condomínio; apenas aumenta a participação, pela formação de mais uma *relação jurídica* (o direito real do terceiro condômino).

A formalidade registraria ou de publicidade marca o nascimento do condomínio, porque marca 6 domínio de.

mais de uma pessoa (duas pessoas ou mais que compraram o mesmo prédio), ou de *mais uma pessoa* (pessoa que comprou a metade do prédio de outrem).

A vida do condomínio acaba com a vida de todas as relações de domínio ou de todas menos uma das relações de domínio. Os condôminos desfrutam, usam e gozam a coisa comum segundo os princípios que já foram expostos.

Não há qualquer ligação da existência do condomínio à sua *trugipadibilidade,* ou à sua *usabilidade.* Bens que são unifrugíparos podem ser postos em condomínio. Bens que não têm uso, salvo o de material eventualmente aproveitável, também o são. A vida do condomínio pode ser restrita a despesas, ou a simples vigilância possessoria.

2.Uso. O uso coletivo ou promíscuo **é** o que a lei considera o normal. Cada um usa da coisa *quando* quer e até onde quer e como quer; pois que pode "usar livremente da coisa (art. 623). Os limites a tais atividades resultam dos fatos e alude-se, implicitute ao *modus vivendi* fático, que varia com as circunstâncias e só se baseia no respeito aos direitos de personalidade e ao fato mesmo da comunhão. Todos são donos, *pro indiviso.* A promiscuidade é inconveniente ou vedada onde seria nociva, ou incômoda, ou onde ofenderia direitos de personalidade. Pelo fato de ser comum o banheiro não pode banhar-se condômino quando o outro lá está. Pelo fato de ser comum o apartamento não há de entrar nele, a desoras, o condômino, se, para o não deixar em desamparo, finda a locação a terceiro, uma das condôminos lá entender permanecer de noite.

Nos primeiros tempos, o direito romano aferrava-se a extremo individualismo qualquer condômino podia fazer o que quisesse, salvo

aos outros o oporem-se *(iua prohibeftdi)*. Hoje há limites objetivos do**e** poder de uso; um deles é dado pela destinação do prédio; rio é o único. Se A, 8 e C são donos do terreno ABC, não pode **A** decidir quanto à construção de prédio se a construção de modo nenhum se justificaria em tal sitio, ou se é exorbitante o preço da sofisticação.

O traço mais caracteristico da comunhão é que, embora os condôminos sejam donos, *pro parte,* da coisa,, não a podem alterar, nem destrUir, nem- modificar a ponto de prejudicarem os outros condôminos. Há quem estranhe que se considere proprietário quem não pode comportasse como proprietário; mas tal estranha provável de não se atender a que a limitação não é ao direito mesmo, mas, ao exercício dele. Não se pode assegurar a **A, a** E e a C o máximo de uso da coisa sem se impor a A que não prejudique ali, nem a O, e a B, que não prejudique a A, nem s C, e a C,que não prejudique a A, nem a B. Mas os proprietários de diferentes coisaS também não podem exercer o direito de propriedade prejudicando os prédios vizinhos ou ma outras propriedades distantes. Apenas, entre condômino, por isso que a coisa é a mesma, a prejudicabilidade é maior. **A** data da coisa passa a ser menos mudável, porque, se, de ordinário, tratando-se de prédios diferentes, cada proprietário pode mudá-la, a respeito do prédio comum todos os proprietárias têm de ser atendidos quanto à mudança e não-mudança do modo como bá de ser usada a coisa. Todavia, a objeção de ter havido, apenas, tolerância, ou aproveitamento exigido por circunstância transitórias

desfaz a interpretação de ter havido estimação .O tácita para que a estimação tenha eficácia real se não é a que a situação da coisa ou a lei de direito público impõe é preciso que conste do Registro; mas a destinação tácita que teria de ser respeitada pelo comuneiro tem de o ser pelos sucessores, salvo se outra consta do Registro.

Observe-se que pode haver nova destinação sem invocação e vice versa (sem razão, L. **SÂLIS,** *La ComuflionS,* 164, e E. **MOSCO,** *1 Frutti,* 182 s.; certos, L. **RAMPONI,** 182, e **GUIDI,** *li Condomínio ,tei* nuovo *Codice Civije,* 122). Se o prédio é destinado a casa de comércio e um dos condôminos usa um dos quartos para sua dormida, não inovou, mas mudou a destinação. Se é destinado a residência e um dos comuneiros põe mais um andar sobre a parte em que mora, o mudou a destinação, mas inovou. As inovações não alterantes da destinação, nem prejudiciais aos outros condôminos, são de regra permitidas (e!. O. CASTELLIANO *deVe case,* 41). Por outro lado, a destinação que foi adotada não impede outras atividades de algum condômino que, embora não seja interior a ela, com ela não se choque, como o pescar no rio destinado a irrigação, o plantar flores no terreno não utilizado

da fábrica, o preparar campo de futebol na fazenda de criação, ou de café, ou nas terras de usina de açúcar, ou da fábrica de tecidos, construir pavilhão de dança ou para fim de semana nas terras destinadas a plantação se não diminui o espaço aproveitável segundo os planos adotados, ou, se não os há, segundo os razoáveis.

3.OBRAS. As obras que cabem na destinação são obras permitidas, salvo se o titulo da comunhão, ou acordo posterior, ou deliberação posterior, prevê que se não altere a estrutura do prédio existente, ou não se empreendam obras sem a aprovação da maioria. Se houve divisão do uso em tantas unidades quantos os quinhões, não se podem fazer obras que criem a um dos condôminos mais uma unidade, ainda que sejam permitidas obras. As obras que melhorem a utilizabilidade por todos, ou a comodidade, ou o embelezamento, ou a segurança, são, de regra, permitidas, salvo se violam regra legal, ou pacto, ou o que se impôs no negócio jurídico unilateral básico.

As obras que serem a melhor utilização da coisa pelo condômino que as faz, ou somente por alguns, não podem ser danosas aos outros, nem as previstas como proibidas, ou subordinadas à exigência de deliberação pela unanimidade, ou pela maioria. Se o condômino planta roseiras no- terreno da fábrica, as rosas são suas, pois que as rosas não são frutos que teriam de ser divididos, nem os outros condôminos concorreram para o roseiral. *Aliter,* se o plantio foi por conta da fábrica, ou com empregados da fábrica no tempo de serviço.

O condômino pode, no terreno comum destinado a plantação, aumentar a produtividade das terras para melhor uso por ele, por alguns, ou por todos os condôminos. Se o terreno comum é para que dele se utilizem os vizinhos, condôminos do terreno, mas proprietários exclusivos dos prédios ao lado ou em torno, qualquer condômino pode melhorar o aproveitamento para si. para alguns, ou para todos, como desviar águas que prejudicam o campo comum de jogo, ou aumentar a capacidade da cisterna. Se o terreno que se tornou parte integrante comum, ou de servidão comum dos donos dos prédios ao lado, ou em torno, tem destinação precisa e única, a utilizabilidade para outros fins diminui. No terreno destinado a jogo não se pode construir caniço, ou galinheiro, ou estrebaria.

No terreno para festas, ou jogo, ou simples embelezamento, não se pode jogar lixo ou soltar animais. A própria aposição de cartaz em casa comum residencial é proibida e também o é, entre condôminos, em todos os casos em que a lei o proíbe. Se o terreno é fechado, destinando-se a construção, e o condômino, vizinho ou não, abre

buraco no mesmo para limpeza, não ofende os interesses da comunhão, porém de ordinário não o poderia abrir para utilização do serviço do prédio de propriedade exclusiva, ou para dar acesso a terceiro que deseje utilizar o terreno ainda não edificado. O que, findo o tempo previsto no art. 698, criaria a servidão, não é uso permitido: todo ato, que, *iure dominii,* se deixa a líbito do condômino, é-lhe vedado se *iure servitutis;* donde ser preciso que se trate de uso que se previu entre os condôminos ou que é em termos tais que não compõe a figura da posse de servidão. As próprias servidões que só e constituem pelo Registro (art. 697) não podem ser estabelecidas possessoriamente pelo condômino sem ser nas espécies em que seriam permitidas as constituíveis por usucapião. Quem faz o prédio comum servir a outro não o usa como prédio comum, mas sim como prédio serviente, salvo se o aproveitamento, cabendo na destinação do prédio comum, é uso interno que o dono do prédio vizinho e condômino aproveita no outro prédio. A diferença é sutil, mas assaz rica de aplicações práticas.

4.EXCESSO NO USO. Se o uso ou a modificação excede os limites dentro dos quais aquele ou essa se permitiria, a unanimidade pode consentir no excesso. Tal deliberação, se dilata a usabilidade ou a modificabilidade em geral, (A) pode ser levada a Registro, para a eficácia real; e (B) deve ser levada a Registro, para eficácia real, se não é geral, espécie em que se pode compor a figura de servidão, salvo (C) se somente houve, *in caso,* renúncia ao *ius prohibendi.* Não se pode pôr, para todas as espécies, o principio (A), como fazem alguns *(e. g.,*

D.R. PERETTI-GRIVA, *11 Condomínio di case divise in parti,* 207 s.), nem o principio (B), como outros *(e.* g., L. SALIS, *La Comunione,* 174 s.), nem (O).

5.COMPATIBILIDADE COM A INDIVISÃO. - No art. 628, 1, 23 parte, permitem-se ao condômino todos os atos de exercício do direito real "compatíveis com a indivisão". Portanto o uso ou a modificação, ainda que seja uso ou modificação da coisa "conforme seu destino" (art. 628, 1, 13 parte), proibe-se incompatível com a indivisão (= há atos, positivos ou negativos, que, embora caibam na destinação do prédio, ofendem os interesses legítimos dos outros condôminos), como se o condômino, que podia usar o terreno para quiosque de banho, de tamanho normal, construiu um tão grande, que dificulta aos outros condôminos que têm quiosques de banho acesso ao mar. De regra, é

vedado tudo que, se todos fizessem o mesmo, faria impossibilitada ou profundamente comprometida a utilização da coisa comum. A ofensa pode não ser na quantidade, ou extensão; pode ser em qualidade. Se o terreno cOmum foi destinado a habitações de veraneio dos condôminos, não pode um deles pôr no terreno casebre de tábua de caixão em que se aloje seu empregado, ou se alojem empregados seus. Nem o que é condômino de prédio de apartamentos pode montar prostíbulo ou casa de jogos permitidos, ou em prédio residencial negócio de vitrolas ou de aulas de música que perturbem o sossego. É óbvio que não se pode proceder de modo a se diminuir a produtividade da coisa. Demolir somente se pode se há necessidade, ou se teria, inevitavelmente, de, mais tarde, demolir e não há inconveniente em se demolir desde logo, ou se é aconselhável que se proceda à demolição para reconstrução imediata. Por outro lado, se um dos lugares divisos, ou não, é demasiado quente, somente se pode alterar a produção do refrigerador até onde não se tornem demasiado frios os outros lugares divisos, ou não torne insuportável pelos demais condôminos algum lugar do prédio, ou todo ele.

Não se precisa alegar dolo ou culpa, ou ato de emulação, nem, sequer, o abuso do direito equivalente a ato ilícito absoluto (art. 160, ,

2 a parte). O exercício irregular é ato fato jurídico, que pode ofender sem se precisar de apurar culpa. Para que o juiz preceite contra o ato fato, é preciso e basta que tema o dano.

6.DIREITOS REAIS DISTINTOS. Já se falou dos frutos e uso da coisa comum. Esse *usus* e esse *fruetus* podem ser despregados do domínio e tornar-se direitos reais distintos, como acidente da vida do condomínio. Tudo se passa segundo os princípios sem dificuldade.

O art. 688 permite que a quota dos frutos (leia-se, em geral: vantagens) seja diferente ia *pars dominica* (A tem um terço, B um sexto, C. 1)., metade, mas as partes das vantagens são iguais). Vê-se le separam, precisamente, a quantificação no da existência e a quantificação no plano da eficácia. **À** maioria para as deliberações de que cogitam os arte. 635 e 686 (administração, venda, locação) é pelas partes domínicas (art. 687). As despesas da divisão distribuem-se na medida de cada *pan dominica.* Idem, quanto às acessões e às despesas de conservação da coisa (art. 624), ou de defesa reivindicatória, ou vindicatória, ou compossessória, da coisa, salvo se só se reivindica ou vindica parte. Também se distribuem por partes domínicas as despesas oriundas de direitos de vizinhança, tapumes e imunizações, ou obras de segurança. Em vez disso, são por partes de

vantagens as despesas que tendam a aumentar os lucros.

No art. 1.872, concernente à sociedade, diz-se que "é nula a cláusula que atribua todos os lucros a um dos sócios, ou subtraia o quinhão social de algum deles à comparticipação nos prejuízos". Discute-se se o pacto leonino é proibido na comunhão, inclusive no condomínio (afirmativamente, G. FoiNAu, *Deilo. Comunione dei beM,* 87; M. VITALEVI, *Deita Comu.nione dei beni,* 1, 887 5.; L. RAMPONI, *Delia Comunione,* 682 s.; *G.* **BRANCA,** *Deita Proprietd,* 59; negativamente, porque o lucro é característica da sociedade, L. BARASSI, *Corso di Lezioni anUa Comproprietd,* 285; L. SALIS, *La Comunione,* 50 s.). O titular do direito real pode retirar elementos do seu direito *in „re* (o proprietário constitui usufruto, uso, habitação, servidão, direitos de garantia), não suprimi-los todos. O pacto restringente, na comunhão, não atinge a relação real; vale, mas somente é dicaz enquanto há comunhão entre os pactuantes. Fora daí, atingiria o direito real. Pode ter eficácia real o pacto de ser de um só dos condôminos o que excedeu o lucro de z. Excluir-se dos ônus e despesas algum dos comuneiros é pacto leonino proibido podendo-se entender (conversão!) que se locou a coisa ao condômino ou aos outros condôminos, ou se comodou (art. 1.428), quanto à *pan dominica,* ou às *partes dominicae,* sem vantagens.

§ **1**292. Despesas e condomínio

1. PARTES NAS DESPESAS. As despesas, no mais largo sentido, que o prédio comum exige, por necessidade ou utilidade, são de regra comuns. Também aqui as partes passivas são indivisas, até que se partilhem elas. A vontade das partes ou a vontade do que constituiu a comunhão pode fazer diferentes as partes indivisas na coisa e as partes indivisas nas despesas. Nada obsta, além disso, a que se proceda, em virtude de disposição negocial, à repartição qualitativa (as despesas relativas aos campos da fazenda cabem a A; as da casa de morada, a B; as das cavalariças, a C). "O condômino é obrigado a concorrer", diz o Código Civil, art. 624, "na proporção de sua parte, para as despesas de conservação ou divisão da coisa e suportar na mesma razão os ônus, a que estiver sujeita". E

no parágrafo único: "Se com isso não se conformar algum dos condôminos, será dividida a coisa, respondendo o quinhão de cada um pela sua parte nas despesas da divisão". Não se cogita, aí, das despesas *autorizadas.* As despesas de conservação e de divisão da coisa, quando

haja dúvida, correm por conta dos condôminos, por força do art. 624 e do parágrafo único, que em todo o caso contém regras *dispositivas.*

O consentimento pelos outros condôminos pode apenas cobrir o ato de assunção ou solução da dívida, ou cobri-lo e fixar o quanto pelo qual cada um se responsabiliza. No primeiro caso, resolve o art. 626: "Quando a dívida houver sido contraída por todos os condôminos, sem se discriminar a parte de cada um na obrigação coletiva, nem se estipular solidariedade, entende-se que cada qual se obrigou proporcionalmente ao seu quinhão, ou sorte, na coisa comum". No segundo, há novo negócio jurídico, que altera para todo o tempo do condomínio a repartição das despesas, ou apenas no tocante à despesa ou despesas de que se trata.

O condômino que paga a dívida comum, ou *mais* do que a sua quota, tem pretensão contra os demais, ou contra o beneficiado, para haver o quanto correspondente às outras quotas ou ao excesso.

Salvo estado de necessidade, a existência de administrador (condômino ou estranho) exclui a faculdade que tem todo condômino de fazer face aos gastos comuns. **O** que foi desembolsado tem direito aos juros legais do desembolso, ou aos juros convencionais, se foram fixados, desde que solveu a divida; e a pretensão a havê-los dirige-se a cada um dos que tinham de solver e não solveram as despesas, na proporção das suas partes indivisas, se outra não é a repartição negocial das despesas.

Se algum recusa pagamento, ou se o desaprova, nasce *ação* ao que pagou. Declaratória, ou de condenação.

A obrigação que exsurge do dever de concorrer, em proporção, ou segundo a adjeção, para as despesas, é obrigação *propter rem.* Quem quer que adquira a coisa adquire-a com a obrigação pela despesa necessária. Por ela é obrigado o condômino. o co-usufrutuário, e assim por diante. Daí a ressalva do art. 624, parágrafo único. **O**

importe das despesas é devido por todos; o que o dissentente pode fazer é renunciar à propriedade, ou pedir a cessação da comunhão. O dano pode ser anterior à comunhão; pode ser durante ela; pode ser ao tempo da nova aquisição da parte. **O** direito ao ressarcimento pelo terceiro nada tem com a relação entre os condôminos no tocante à responsabilidade de cada um pelas despesas necessárias.

Quem fez as despesas pode cobrar a reparação; se a reparação as cobriu, não há o que se cobrar aos outros condôminos. Se os outros

condôminos pagaram as suas quotas nas despesas, o quanto da indenização a ser paga é para ser dividido pelos condôminos.

Se foram responsáveis pelo dano alguns dos condôminos, ou algum deles, os demais não são responsáveis pelas despesas de reparação da coisa comum que o condômino causador do dano faça. Mas são responsáveis pelas despesas feitas por um dos condôminos para reparar os danos causados por outro condômino. Tal solução é a única admissível. A obrigação nasce *ex re* e apanha quaisquer condôminos, capazes e incapazes, presentes e ausentes, mas o pacto que a regule tem de ser registrado para efeitos a respeito de terceiro, inclusive o sucessor singular. O pacto só entre alguns condôminos só tem eficácia obrigacional entre eles, não regula coexistência de direitos reais sobre a mesma coisa.

Qualquer disposição, que tenha o fito de afastar a incidência do art. 624, há de ser unânime. A maioria somente poderia pactuar como acordo entre aqueles que dela fizeram parte, em plano obrigacional, não *propter rem;* mas tal pacto é registrável.

Cada condômino pode exigir que se extingam as obrigações *in solidum* relativas à coisa comum, se já vencidas ou próximas do vencimento. Tal regra jurídica não precisa estar escrita nas leis; além de se tratar de obrigação solidária, há, na espécie, comunhão de interesses. Nada obsta a que um dos condôminos interpele os outros para que depositem em determinado banco o importe das suas quotas, para que se satisfaça o pagamento da divida prestes a vencer-se, ou que requeira a venda da coisa, se algum dos condôminos não se prontifica a pagar a dívida e adjudicar-se a coisa, prestando o restante aos demais, pro *parte* O sucessor do condômino sucede nos direitos e nos deveres, nas pretensões e nas obrigações; porém a eficácia *propter rem* das obrigações de que cogita o art. 624 dispensa pensar-se em sucessão na obrigação: tem-se a obrigação porque a obrigação toca ao que é pro *parte,* proprietário da coisa (Tomo V, § 610; cf. E.

ALBERTARIO, *Corso di Diritto romano,* II, 37 s.). A obrigação *propter rem* é, ai, obrigação a sujeito passivo plural, como é plural o sujeito passivo dos direitos reais. Se o condômino não paga a obra feita e aliena a parte, a ação é contra o sucessor, desde o momento em que se dá a transferência, salvo se o alienante se declarou devedor, com o assentimento dos outros condôminos. A doutrina ora se firmava na L.6, § 1, D., *communi dividundo,* 10, 8, para dizer responsável, de regra, o alienante (cf. M. VITALEvI, *Deila Comunione dei Uni,* n. 238; L. RAMPONI, *Deita Comunione di proprietd,* **1115) ;** ora na L. 7, pr., D., *de nozalibus actionibus, 9, 4,* e na L. 7, § 2, D., *de usu fructu et*

quemadmodum quis utatur fruatur, 7, 1, ou noutros argumentos, para ter como responsavel só o condômino de cada momento (L. BARASSI, *Corso di Lezion.i sulia Comproprietá.,* 2); ora a um e outro, com ou sem solidariedade (Código Civil italiano, art. 1.104, alínea 8.a: "II cessionario dei partecipante ê tenuto in solido con il cedente a pagare i contributi da questo dovuti e non versati") -A questão nada tem com as relações internas entre o alienante e o adquirente. Convém notar-se que o art. 1.104, alínea 33, do Código Civil italiano revela defeituosa inteligência da obrigação *propter rem* ou *im rem scripta,* certa confusão entre sucessão e realidade (=

ter sujeitos passivos totais).

O que precisa de averbação (Decreto n. 370, de 2 de maio de 1890, n. 75, Decreto n. 4.857, de 9 de novembro de 1989, art. 285) é o critério de responsabilidade pelas despesas, não a obrigação pelas despesas necessárias feitas de acordo com o art. 624.

2.DISTINÇÕES SOBRE **O FUNDAMENTO DA** RESPONSABILIDADE. Os comuneiros têm de pagar as despesas de conservação e o que foi invertido em proveito da comunhão, e o pagamento é *pro quota.* Não se pense em valor das benfeitorias, ou obras, ou modificações externas, porque, aqui, é de comunhão que se trata, e não de posse pelo que tem de restitui-la, possessoriamente ou em vindicação da posse, ou em reivindicação (cp.

arts. 516-519). A responsabilidade dos que retiram a posse ao possuidor, reivindicando ou vindicando posse, não é a dos que são condôminos, ou, em geral, comuneiros, contra o condômino, ou comuneiro, que fêz as despesas.

Errou-se muito a esse respeito (M. VITALEVI, *Deita Comunione dei Beni, 7,* 441; L. RAMPONI, *Deita Comunione,* 1080) e ainda há pouco (L. SALIS, *La Comunione,* 89). O comuneiro, que fêz despesas de conservação (art. 624), ou em. proveito da comunhão (art. 625), procedeu no exercício de direito, sem quebra do direito de propriedade, ou da posse, dos outros comuneiros.

Não assim se o que ele faz é algo de inesperável, algo que não somente conserva, nem só se faz em proveito da comunhão: então, obra *jure proprio,* muda-se a causa da posse e exerce irregularmente o direito real. (A aquisição da meação na parede, muro, vala, valado, ou cerca do vizinho, rege-se por outros princípios que não são os do art.

624 e 625, nem os do ato ilícito absoluto, art. 160, 1.)

8.DESMEMBRAMENTO. Se a propriedade fora desmembrada (A, dono; B, usufrutuário), é o usufrutuário, o usuário nu o habitador que paga as despesas. Se há somente usufruto, uso ou habitação de uma parte, dono e usufrutuário, usuário ou habitador concorrem segundo os princípios acima expostos.

4.INTERPRETAÇÃO DO TITULO CONSTITUTIVO. Se há dúvida na interpretação do título constitutivo do condomínio ou de qualquer negócio jurídico posterior que repartiu, ou alterou a repartição das despesas, cada condômino tem *pretensão à sentença* sobre o assunto. O juiz interpretará de acordo com as *regras de interpretação dos negócios juridicos* o texto ou os textos. Não é verdade que ai possa intervir "prudente arbítrio do juiz". O que dizem alguns juristas, lembrando C. DEMOLOMBE *(Cours de Code Napoléon,* SY ed., 540), nem deve ser recebido, nem está no júrista francês: esse se refere ao dever dos magistrados de, em tais casos,

"lorsque les parties ne s"accordent pas à l"amiable, de déterminer équitablement, en raison de toutes les circonstances de fait, et par interprétation de l"intention vraisemblable des communistes eux-mêmes, de queile manière. la répartition de ces charges doit être faite entre les contribuables".

5.CONCURSO DE CREDORES E FALÊNCL4. No caso de concurso de credores ou de falência, se o condômino não pagou, o que pagou parte *sua* comparece à ação concursal como credor do insolvente ou falido; se pagou, porém, com a autorização de todos, ainda que ele não seja o administrador do condomínio, os demais têm de o reembolsar do que pagou pelo insolvente ou falido, deduzida a própria quota dele, podendo todos comparecer ao concurso, ou os demais lhe cedem os seus créditos, o que se presume ter havido se o condômino que pagou comparece por toda a quota do insolvente ou falido.

6. CÓDIGO CIVIL, ART. 625. Quando a dívida é contraída por um dos condôminos, ou por alguns deles, ainda que no interesse da comunhão, caso bem diferente da divida que o condomínio mesmo contrai *(e.* g., impostos prediais, taxas, despesas de luz e gás), os credores somente têm pretensão contra o condômino que contraiu. A pretensão e a ação desse são regressivas contra os . outros condôminos; e assim se há de entender o art. 625 do Código Civil: "As dívidas contraídas por um dos condôminos em proveito da comunhão, e durante ela, obrigam o contraente; mas asseguram-lhe ação

regressiva contra os demais". Casos há em que a dívida foi contraída por um *só* dos condôminos e aprovada por todos, ou assumida por todos, perante o credor. Não há, então, unicidade de devedor. Fizeram sua a dívida. Os condôminos que anuiram, ainda que pelo silêncio, em que o outro ou outros solvessem a dívida, ou a contraíssem, têm de reembolsar o que pagou, ou os que pagaram. Se não anuiram, podem pedir, em todo o caso, a *divisão* da coisa (Código Civil, art. 625, parágrafo único).

7. BENFEITORIAS. DESPESAS NECESSÁRIAS. "As benfeitorias podem ser voluptuárias, úteis ou necessárias: § 19 São voluptuárias as de mero deleite ou recreio, que não aumentam o uso habitual da coisa, ainda que a tornem mais agradável ou sejam de elevado valor. § 29 São úteis as que aumentam ou facilitam o uso da coisa. § 39 São necessárias as que têm por fim conservar a coisa ou evitar que se deteriore" (Código Civil, art.

68).

Quanto às despesas necessárias, estatui o art. 624 sobre a obrigação dos condôminos; e delas já se tratou. Se, no momento de serem feitas, eram necessárias, ou toda previsão seria favorável a elas, não se eximem da responsabilidade os condôminos, se alegam terem sido, ainda assim, ineficientes, como se, feitas para evitar curto-circuito, outro contacto ocorreu e fez lavrar o incêndio: a regra *Non est versum si iwn durat versum* tem de ser entendida em termos. Não cabe a distinção entre necessário normal ou ordinário e necessário anormal ou extraordinário.

Segundo a verdadeira inteligência do Código Civil, os condôminos não se escusam de concorrer para as despesas *necessárias.* Se nelas não anuem, podem pedir a divisão, mas são devedores das despesas feitas. Pedida a divisão, é ao juiz da ação que compete autorizar quaisquer despesas ou aprovar as que tinham de ser feitas imediatamente, ainda a despeito de já ter sido requerida a autorização. Convém, se ainda não foi pedida a divisão, que o condômino, disposto a fazer as obras, dê ciência aos demais. Se não dá, nem por isso perde o direito ao reembolso.

Pode acontecer que um ou mais condôminos sejam os responsáveis *por se terem tornado* necessárias as obras ou as despesas. Nesse caso, o ônus de afirmar essa caução e o de prová-la tocam aos condôminos réus ou devedores, como defesa. Se essa é aceita, as despesas não se comunicam aos condôminos sem culpa.

São despesas *necessárias,* além das que se fazem com as benfeitorias necessárias, todos os ônus do prédio: impostos, taxas, seguros, licenças, custas e mais despesas com as ações de defesa da coisa comum, obras para atender a exigências legais de qualquer natureza.

8.DESPESAS DESNECESSÁRIAS. As despesas *úteis* abrangem as que são feitas com as *benfeitorias úteis* e as que, realizadas, diminuem os gastos, tornam mais cômodo ou produtivo o prédio, ou o valorizam. Se os outros condôminos, anuem em que se façam, claro que todos respondem por elas, ou respondem ao que as fêz, se não se inseriam eles, segundo as regras de direito das obrigações, na relação jurídica de divida para com terceiro. Se não anuem, não estão pelo direito especial do condomínio obrigados a pagá-las, ou a reembolsar o que, com as obras úteis, algo despendeu.

Outro problema é á da ação de enriquecimento injustificado. Se o condômino, a despeito da não anuência, ou da oposição dos demais, gasta na obra útil, e essa obra *produz* valorização do prédio, pode o condômino haver dos outros ressarcimento do que empregou em tal obra que enriqueceu os outros condôminos? Em princípio não é de, se afastar; porém cumpre ter-se em vista que o ônus da prova de que a valorização foi *só devida* à obra, ou que o foi *principalmente* a ela, cabe ao condômino que propõe a ação. Os princípios da gestão de negócios alheios intervêm.

Se algum condômino modifica ou utiliza a coisa comum, para uso só seu, sem ofender a usabilidade pelos outros condôminos, fazendo despesas, podem os outros condôminos concorrer para .ab despesas e aproveitar-se do que foi feito, se com isso não ofendem o uso que tem o iniciador da obra, ou do aproveitamento.

Quanto às despesas *voluptuárias,* o condômino, que as faz, tem o *jus toilendi,* pretensão a levantá-las, se são despregáveis *as* obras, sem dano para a coisa. Se os outros condôminos autorizaram, devem-lhe as quotas respectivas nas despesas e, salvo estipulação, ficam no imóvel.

9.“CURUS COMMODA CUIUS ET INCOMMODÂ”. Toda coisa tem destino econômico, mais intenso ou menos intenso, mais extenso ou menos extenso. O edifício que se construiu com arquibancadas, para estádio de futebol, tem estrutura que se grava sua destinação. Pode ser aproveitado para outros jogos; não é fácil adaptá-lo a outros destinos. A parte divisa do edifício de apartamentos que se fêz para cabeleireiro, com tomadas especiais de eletricidade, próprio para

receber cadeir *a* fixas e aparelhos de embelezamento, perderia muito do seu valor se se lhe mudasse o destino, além de ser dispendiosa a mudança. Toda destinação é restrição. Mas há destinações precisas e destinações menos precisas. Não são a mesma coisa destinar-se a loja, com as outras peças, a comércio de bebidas, destinar-se a comércio a retalho e destinar-se a qualquer Comércio. No tocante ao condomínio, a destinação tem importância capital no que se refere à regulação do uso da coisa comum. O destino mostra coma pode ser usada, até onde se pode variar de uso e quais as despesas que o uso e a conservação indispõem. Tais despesas são a cargo de todos os comuneiros, em partes proporcionais às *partes dominicae,* pelo principio *CujuS*

com-moda cujua et ircomnada. No art. 624, diz-se: "O condômino é obrigado a concorrer, na proporção de sua parte, para as despesas de conservação ou divisão da coisa e suportar na mesma razão os ônus, a que estiver sujeita". É dever de todos. porque o interesse é de todos o ter-se o bem comum, sempre, em estado de poder ser usado. É óbvio que a relação em que se obrigam há de ser a de proporção à quota: a quem tem e mais pode usar mais extenso dever incumbe. Todavia, regra jurídica do art. 627 é (*dispositivum.* Dai resulta que, tal como se estabeleceu a relação, ou como proveu, dispositivamente, a lei, as despesas que faz o administrador, se para conservação da coisa, ou em pagamento de ônus, são pois conta dos condôminos, em proporção aos quinhões, se não se fixou outro critério de distribuição. O art. 624 deveria ter aludido às despesas para o uso, mas, ai, o legislador empregou o termo "conservação" em sentido lato: conservação estrutural da coisa, conservação do estado próprio ao uso da coisa; posto que aquela conservação seja do estático, e essa, do dinâmico e, por conseguinte, variável com a variação interna do uso. Em todo o caso, se a despesa é para melhor uso, ou se se faz para inovação na coisa, não é o art. 624 que rege as espécies. Ou precedeu deliberação da maioria, ou é preciso que sobre-venha consentimento (ratificação, cp. art. 1.843). Despesas de conservação são despesas necessárias: sem elas, a coisa pereceria, ou se deterioraria, ou diminuiria de valor, ou não mais serviria, qualitativa ou quantitativamente, ao uso a que se destinara. Se algum dos condôminos não consente, ou renuncia à propriedade do imóvel comum (art. 589, II, e **§ 1.0;** sendo móvel o bem comum, o derrelíquia, art. 592) ou se provoca a deliberação a que se refere o art 635.

A obra de conservação não precisa ser em toda a coisa. Se está a deteriorar-se a ponte sobre o rio, que pertence à fazenda comum, as despesas para consertá-la são despesas necessárias. Se a umidade da caixa de água que serve a um dos quartos de banho está a manchar a parede do quarto, a obra é necessária a todos, porque não se trata de

comunhão *pro divisa* em que a caixa de água fosse, também ela, parte integrante da parte divisa. -

Despesas necessárias são, também, as despesas que se hão de fazer para evitar dano iminente. O direito romano já reconhecia ao condômino a pretensão à *cautio damni infecti,* mas é interessante observar-se que, com o individualismo dos juristas romanos, a defesa, que se pedia, era do direito à parte indivisa, e não da comunhão (L.

27, D., *de damno infecto et de suggrundis et proiectionibus,* 39, 2: "Se forem muitos os donos da coisa, cada um deve estipular sem expressão de parte, pois cada um estipula por seu próprio dano: ademais, havendo-se expressado parte, é de entender-se parte de sua parte. Pelo contrário, se muitos forem donos da coisa com vício, cada um deve prometer por sua parte, a fim de que cada um não se obrigue *in solidum";* L. 11, § 8, D., *de aqua et aquo.e pluviae arcendae,* 39, 3: **„a...** se for de muitos aquele fundo em que se fêz a obra, e se litigara sobre um só deles, dever-se-á condenar a ele e aos demais pelo dano que se houver causado após a contestação da lide como da obra não desfeita"; L. 2, § 2, D., *de stijndationibus praetoris,* 46, 5).

No direito brasileiro, a caução *damni infecti* pode ser pedida *pra parte,* pois ao condômino é dado não reconhecer o direito dos que se dizem donos das outras partes ou ter interesse em que se lhe defira a caução *pra parte.* Ao individualismo romano não sucedeu o coletivismo contemporâneo; o que sucedeu àquele foi *plus,* de modo que o condômino pode agir por si e por todos. Má a legitimação do condômino quanto ao todo, sem se ter cancelado a sua autonomia, de fonte romana (sem razão, G. BRANCA, *Deila Pra prietá,* 125). Não se pode fazer tábua rasa de todos aqueles casos em que o condômino entende que houve dano à parte, pela destinação ou utilização que deu à coisa, sem ter havido dano à coisa toda, segundo a destinação que teriam dado, por exemplo, os outros condôminos se estivessem a usar a coisa. O fato de ser indivisa a parte não impõe, em todos os casos, a unidade de interesses.

10. ÔNUS. O art. 624 fala de despesas e de ônus. Ônus são, ai, gravames, impostos, taxas, contribuições. Os gravames incidem, retirando algo ou impondo pagamentos. O usufruto pesa sobre todos os comuneiros. Idem, o uso, a habitação, a hipoteca, o penhor, a anticrese. Também são ônus o que se tem de pagar de ressarcimento por danos causados pela coisa ou pelo administrador, ainda se não foi nomeado mas exerce a administração sem oposição dos outros condôminos, e os seguros. As despesas de conservação foram

mencionadas no artigo 624; mas há, também, as de uso da coisa comum, as de administração, as que beneficiam a todos os condôminos, posto que não beneficiem, materialmente, a coisa, e as despesas úteis, feitas por um dos condôminos sem oposição dos outros (= com consentimento presumido). O que o condômino faz sem ser para todos (= somente para si), mas beneficia a todos, sabendo ser apenas condômino e sem ser, como se disse, para todos, não pode dar ensejo à invocação dos arts. 516-519, que só se referem à responsabilidade do reivindicante ou do vindicante da posse.

Eventualmente, podem ser invocados os arts. 545-549. As inovações, modificações e acréscimos que foram feitos com o consentimento dos outros condôminos, ou *prassenie et non proMbente domino* (PAPINIANO, L. 28, D., *communi dividundo,* 10, 3), têm de ser reembolsados, *j)ro parte,* com as despesas. Se foram sem consenso, ainda pelo silêncio, depende dos outros condôminos os quererem, pago o reembôlso *pro quota,* ou preferirem a reposição no primitivo estado (arta. 546, 547 e 549). É como se fora terceiro, e não gestor de negócios (não há distinguir-se, entre aumentos e melhoramentos ou benfeitorias; sem razão, **G.** F. **FUNÂIOLI,** *Teoria dei Miglioramenti fondiari,* 60 s.). A gestão de negócios alheios exige, por definição, que se tenham praticado os atos para outro, no tocante a interesses de outrem, e é o que ocorre se houve excesso no exercício dos poderes de administração (G. **PACCHIONI,** *Deila Gestione degli Affari,* 288 s.; M. **VITALEvI,** *Deila Comunione dei ben.i,* 1, 440 5.; F. MESSINEO, *Manuale,* III, ed., 274; G. BRANCA, *Delia Proprietá,* 55).

Em toda a matéria da comunhão, é preciso ter-se em vista que ou se trate de ato de administrador, ou de gestor de negócios alheios, ou de terceiro há o principio da L. 9, § 1, D. *de negotiis gestis,* 3, 5 (ULPIANO: . Que se dirá se reparou a casa que o dono abandonou por não ter para o custo, ou não considerava necessária para Me? Disse (Próculo) que, segundo o parecer de Labeão, onerou o dono, pois a qualquer um é lícito abandonar a coisa, ainda pela razão de dano iminente. Mas Celso sorriu, discretamente *(ele ganter),* dessa opinião, porque, argíliu, tem ação de gestão de negócios o que empreende coisa não necessária, ou que há de ser pesada (quae oneratura est) ao pai de família. Conforme isso, também o que Juliano escreve (sobre) ter o que reparou a casa ou cuidou do escravo enfermo ação de gestão de negócios, se o fêz atualmente, ainda que não tenha tido resultado. Pergunto: *quid,* se acreditou fazê-lo atualmente, porém não convinha ao pai de família? Digo que esse não há de ter a ação de gestão de negócios, porque, para que não atendamos ao resultado, se há de ter atualmente começado (ut enim eventum non spectamus, debet utiliter esse coeptum) “.

Se as inovações não aumentaram nem beneficiaram o bem e não as quiseram todos os outros condôminos, ou não as admitiram pela não oposição, não há pensar-se em reembolso de despesas e qualquer deles pode pedir a redução ao primitivo. Se a maioria as ordenou, ou aprovou, os dissidentes têm a pretensão à repristinação.

As contas e despesas judiciais concernentes à coisa comum são reembolsáveis *pro quota.* Idem, as despesas de divisão, a que expressamente se refere o art. 624, ainda que a haja promovido o credor hipotecário de um dos condôminos (hipoteca de parte indivisa), porém somente no em que importarem as despesas da divisão se os condôminos a houverem requerido.

O sucessor singular responde pelas despesas se necessárias, mas conforme o critério de distribuição que consta do Registro. O alienante não fica liberado, porque a obrigação nasceu ao tempo em que era condômino; o sucessor singular responde, porque a obrigação é *propter rem.*

11.RENÚNCIA E LIBERAÇÃO. O condômino pode renunciar à propriedade para se forrar ao pagamento das despesas. Renúncia liberatória, mas renúncia. Trata-se de negócio jurídico unilateral, que do lado do condômino, como do proprietário exclusivo tem a eficácia que a alienação teria. Se o bem é bem imóvel, precisa-se de escritura pública e de translação. Não basta para se pensar em ter havido renúncia que o condômino se desinteresse, ou abandone o prédio. Renúncia e abandono são dois fatos jurídicos inconfundíveis. Discute-se se a renúncia é liberatória, em casos de despesas necessárias; mas o proprietário, com isso, mostra que mais vale o gasto do que a coisa com que se gasta, ou se gastou. No direito brasileiro, o instituto da renúncia da propriedade imóvel está expresso na lei. Se o condômino, após a comunicação de que são necessárias as despesas, deixa de pedir a divisão, ou a extinção da comunhão por outro modo, ou de renunciar, admitiu a divida. Não pode, depois, liberar-se. O silêncio do condômino ausente, a que se comunicou serem necessárias as despesas, além do prazo razoável para responder (por analogia, no prazo do art. 1.081, III), interpreta-se como consentimento; se não se marcou prazo, se decorreu tempo suficiente para chegar a resposta ao condômino comunicante (analogia com o art. 1.081 II). Entre presentes, a resposta ou é imediata, ou após exame da coisa, logo que seja possível, objetivamente, salvo se o condômino, a que se fêz a comunicação, diz que responderá dentro de certo prazo ou o mais cedo que lhe seja possível. No direito brasileiro, a renúncia não dá aos outros condôminos do imóvel o direito de acrescimento. O que o

condômino, que fêz as despesas, pode fazer é ir com a cobrança sobre a coisa, que se tornou *nuflius.* Não há lembrar-se a renúncia em caso de servidão (art. 709, 1), nem o "abandono ao senhorio" de que fala o art. 691, a propósito de enfiteuse. Nem há, em qualquer dessas espécies, acrescimento.

Aliter, § 1.278, 3.

§ 1.293. Administração do condomínio

1.ADMINISTRAÇÃO COMUM. A regra é ser o condomínio administrado por todos os condôminos. Diz o art.

640: "O condômino que administrar sem oposição dos outros presume-se mandatário comum". Quando, no art.

640, se diz que o condômino, que administra sem oposição dos outros, se presume mandatário, supõem-se atos do condômino que revelem estar administrando e, da parte dos outros, carência de qualquer ato, positivo ou negativo, que se interprete como contrário a esses atos. De modo nenhum se permitiu ao condômino assumir, a seu talante, a administração. Antes da distribuição, que é ato jurídico *stricto seneu,* os frutos pertencem a todos, cada fruto éde todos. As operações posteriores de distribuição e separação das porções é que tornam de cada condômino os frutos tais ou a porção tal. As circunstâncias dificultam, por vêzes, a *administração comum,* ou um ou alguns dos, condôminos divergem de tal gestão própria dos negócios do condomínio. Em tal conjuntura, volve a comunhão a deliberar. Naturalmente, o que se há de buscar, de início, **é** o acordo unânime. A primeira solução a da *comum administração* falhou: não houve a unanimidade. Passa-se à segunda: a da *venda.* Se todos acordam, vende-se a coisa comum. Se algum dos condôminos não concorda, não se vende. Se a coisa é divisível, e não há vedação legal ou negocial da divisão, divide-se, se *um* dos condôminos quer *divisa* a sua parte. Se não há divisibilidade, ou se nenhum deles a pede, seria absurdo manter-se o princípio da unanimidade de deliberação dos condôminos. Dai dizer o Código Civil, art. 685, em transição da unanimidade para a maioria: "Quando por circunstância de fato ou por desacordo, não for possível o uso e gozo em comum, resolverão os condôminos se a coisa deve ser administrada, vendida

ou alugada". No § 1.0: "Se todos concordarem que se não venda, à maioria (art. 637) competirá deliberar sobre a administração ou

locação da coisa comum". Para a administração já é a maioria que decide, pois que falhou a administração em comum, falhou a venda, e não cabe dividir-se.

2. **ADMINISTRAÇÃO SEM EXPLÍCITA DELIBERAÇÃO.** Primeiro se há de resolver se a coisa deve ser administrada. Depois, sobre *quem* a deve administrar. Existe situação especialíssima, que se esboça quando *nem* todos os condôminos querem tomar parte na administração e *um* ou *alguns* efetivamente administram a coisa.

Então, a resolução sobre a administração e a escolha dos administradores são um só *ato.* Porém seria erro atribuir-se a essa atitude, a esse administrar pela não-oposição, todos os efeitos que teria a resolução explícita, formal, de que seja administrada a coisa, e sobre quem a administre. Por isso mesmo, o Código Civil (art. 640) se satisfez com a presunção *juris tanturn:* "O condômino, que administrar sem oposição dos outros, presume-se mandatário comum". A regra vem do e *sboço* de **TEIXEIRA DE FREITAS,** art. 4.358, passou ao Código Civil argentino, art. 2.709, e produz situações que outros sistemas jurídicos não conhecem. O condômino que administra presume-se com o mandato dos outros. Despesa, ou dívida, que, feita por ele, somente a ele obrigaria, conforme o art. 625, obriga a todos se é Me quem administra e se trata de ato de administração. Conseqüência: o ônus de afirmar que não houve mandato cabe aos outros condôminos, na ação que alguém propuser contra eles, pelo ato do condômino presumidamente mandatário; e, sobre esse ônus, o de prová-lo.

Não havendo essa situação especial, têm de reunir-se os condôminos para resolverem sobre a administração e, depois, sobre quem administra. A convocação pode ser verbal ou escrita, judicial ou extrajudicial. De qualquer modo, assente sobre a administração que não se quer vender, a *maioria* é que decide. Respondido que se vai administrar a coisa, sem ser *comum* a administração, o que, *ex hypothesi,* falhou, ou a) se passa, desde logo, à escolha do administrador ou dos administradores, ou *b)* se não resolve quanto a esses. Aqui, a tolerância da administração por um ou mais condôminos, tal como se preve no art. 640, reforça, no plano dos fatos, a presunção legal relativa ao mandato.

3.ESCOLHA. A lei não possui qualquer regra que de aos condôminos a preferência para a administração eleita.

A maioria escolhe quem bem quer, inclusive um dos que votaram, ou todos os que votaram, *menos um* ou *alguns.*

Não se pensar na administração por todos, porque isso, segundo a própria hipótese, foi posto de lado. (Não se conclua dai que se não possa *voltar* a essa solução.) “Pronunciando-se a maioria pela administração”, diz o art.

635, § 2.0, “escolherá também o administrador”.

Escolhido algum ou alguns condôminos, ou algum ou alguns terceiros, a relação entre eles e os outros condôminos ou condômino é a de *mandato.* O nosso TEIXEIRA DE FREITAS. viu bem a categoria de que se tratava. Se o condômino administra sem mandato, ainda presumido, isto é, com oposição dos demais, então responde como gestor de negócios.

4.DEVERES E OBRIGAÇÕES DO ADMINISTRADOR. Os deveres e obrigações do administrador do condomínio, seja condômino ou terceiro, são os deveres do mandatário. Cabe-lhe, a mais, repartir os frutos e rendimentos, fazer as despesas necessárias e úteis, dar informes que os condôminos desejem, representar os condôminos em juízo e fora dele em tudo que concerne à administração. Fora dos atos de administração, precisa de mandato com poderes especiais e expressos unanime dos condôminos.

Porque a maioria somente resolve quanto à administração. Porém, em tudo que concerne à administração, o administrador tem poderes, que só a maioria dos condôminos pode retirar, respeitados, ainda assim, os prazos da nomeação. A *posse imediata* do administrador é de defender-se contra um dos condôminos, ou grupos de condôminos; ou todos os condôminos, se o titulo não permite que o destituam (art. 486).

Segundo regra, que é dispositiva, as contas têm de ser prestadas em data certa e não pode a maioria adiá-las, exigi

-las antes da data; de modo nenhum dispensá-las.

Em casos de malversa$o, ou mudança de estado que inabilite o administrador para exercer o cargo, ou quando a administração cause danos, qualquer dos condôminos tem ação para revogação dos poderes.

Cada um dos condôminos responde ao administrador pelo que corresponde à sua quota, e não solidariamente, como seria no

mandato comum (Código Civil, art. 1.314).

5.O QUE **ESCAPA AO CONCEITO DE ATO DE ADMINISTRAÇÃO.**

Tudo que atinja o *jua is re* escapa ao conceito de *ato de administração* (vender a coisa, ou parte dela; constituir urna-fruto, servidão, etc.).

São atos de administração os que consistem: a) na colheita e venda dos frutos; **~O** em segurar a coisa, ou parte dela, ou bens móveis que entram no condomínio; *c)* na instalação de serviços sanitários, de escoamento, de gás, luz e força, de extintores de incêndio, de caixas ou canos de água; na limpeza normal das peças e do exterior dos edifícios; *e)* nos consertos e mais reparações; **)** na cobrança de alugueres, Quanto aos atos de administração, rege o principio da suficiência da maioria, para os atribuir ao administrador; ao passo que o administrador somente pratica *atos de disposição,* se lhe conferiu poderes, especiais e expressos, a unanimidade dos condôminos.

6. COMO SE FORMA A MAIORIA. No direito brasileiro, a maioria é formada segundo o valor dos quinhões, e não pelo número de pessoas. De modo que um só condômino, se tem 50 + x **%,** pode tudo decidir quanto à administração, quem administre e os atos que tem a praticar. O Código Civil, artigo 637, preferiu essa solução: "A maioria será calculada, não pelo número, senão pelo valor dos quinhões". "As deliberações", acrescenta o § IA),

"não obrigarão, não sendo tomadas por maioria absoluta, isto é, por votos que representem mais de meio do valor total". Em todo o caso, pode dar-se o empate, isto é, haver a favor da resposta "Sim" 50% e a favor da resposta

"Não" 50%. A lei (art. 637, § 2.") estatuiu: "Havendo empate, decidirá o juiz, a requerimento de qualquer condômino, ouvindo os outro?". Nas espécies em que o juiz resolve, a decisão obriga a todos os condôminos como a da maioria absoluta obrigaria. Nos assuntos em que se faz mister a unanimidade, não se pode submeter à maioria, nem ao juiz qualquer resolução. A regra do art. 637 não se aplica em caso de edifício de apartamentos (comunhão pro *diviso).*

7. EFICÁCIA. O que a maioria dos condôminos resolve entende-se resolvido pela unanimidade, desde que se trate de atos de administração. O mesmo ocorre se o juiz desempatou.

8.O QUE NÃO PODE SER RESOLVIDO PELA MAIORIA. A maioria não pode: diminuir o valor ou exercício do voto dos condôminos, posto que à unanimidade seja dado adotar outro processo para calcular a maioria absoluta (por pessoas), ou dispensá-la (pois o art. 637 é *ius dispositivum)*. Tão pouco tem valor o que a maioria decidir sobre a existência ou validade ou eficácia do ato pelo qual algum condômino adquiriu nôvo quinhão, alienou ou gravou o seu, ou alguém entra como condômino. Nem sobre a *posse* de algum condômino, ou sua mancomunhão com terceiro, ou sobre a existência, validade ou eficácia de algum negócio jurídico que atinja a coisa ou alguma das partes indivisas.

Todos os condôminos podem administrar; se a administração não pode ser por todos ou não se entende que o deva ser, nasce ao condômino o direito a deliberar sobre ela *é* sobre quem a exerça. Aliás, o direito a deliberar sobre como se há de exercer nasce, ainda quando os próprios condôminos queiram administrar. Trata-se de regulação.

Tais direitos existem enquanto existe a comunhão.

O direito a participar da administração comum, ou de deliberar sobre ela, é renunciável: o acordo entre os condôminos tem eficácia obrigacional entre eles; tem na real após a averbação. O sucessor singular que conhecia o acordo sucedeu com essa restrição aos direitos que adquiria.

Se, por circunstâncias de fato, ou por desacordo, não se puder usar e administrar em comum a coisa (art. 635), delibera-se a venda, a administração ou a locação. De tais direitos não pode ser despojado pela maioria o condômino. Resolvido que se nomeie administrador, a maioria decide sobre quem seja. A função é dada à pessoa, dentre os condôminos ou não (conforme o regulamento).

Nos poderes de resolver sobre venda, administração ou locação, está o de conferir-se, a cada condômino a posse imediata da parte divisa da coisa e sua administração (posse imediata de administrador) ; não o de conferir-se a cada condômino a posse plena da parte divisa da coisa, para uso e fruição exclusivas, porque só a unanimidade poderia ir até aí: não se trataria de simples conferimento de administração separada. Se foi dado a cada condômino, ou a algum, ou alguns deles posse plena de parte divisa, tem ele, ou têm eles, necessariamente, a administração exclusiva.

9. DISCUSSÃO EM JUÍZO. Sempre que se leva a juízo alguma dessas

questões, não há arbítrio do juiz. tle decide como decidiria qualquer outra ação. Se a ação tem por fim apreciar-se o ato da maioria absoluta, ainda que apenas em sua oportunidade, a ação é *declarativa* ou *é constitutiva negativa* (nulidade) e não pode o juiz entrar no exame do que deveria ser respondido (sim; ou não), posto que lhe seja permitido decidir se houve correspondência entre as perguntas e as respostas.

Nem pode o juiz, anulando algum ou alguns votos, julgar que houve empate e resolver. Tem ele de desconstituir a deliberação *nula.* Depois, se ocorrer o empate, é que podem os condôminos levar-lhe a exame a questão. Ai, a sua função é *integrativa da deliberação;* quer dizer *da declaração de vontade.* Algum ou alguns condôminos, que temam se não observe a lei, podem pedir ao juiz que marque a data da deliberação e perante ele se procede à votação; porém, ainda aí, a função nada tem com o papel formativo da vontade da maioria que se lhe atribui no art 637, § 2.".

A regra de que ao juiz cabe desempatar é *jus dispositivum.* Nada impede que o título do condomínio, ou deliberação unânime, posterior, dos condôminos adote a formação do desempate por *árbitros* ou *árbitro.* Ou por sorteio.

Nos casos em que a maioria absoluta não chega a reunir-se, ou, se se reúne, não se congrega em torno de uma resposta, o art. 637, § 2.0, não pode sei invocado. É estranha a nosso direito a interferência dos juizes em tais casos. Ao condánuno e aos condôminos interessados, pedir a divisão da coisa, se divisível, ou a partilha do valor, vendida ou adjudicada a coisa. Fora daí, seria cair-se em perniciosa mistura de direito espanhol e italiano, contra a estruturação luso-brasileira do condomínio.

10. LOCAÇÃO. A locação da coisa comum é ato de administração. Acontece que certas circunstâncias estabelecem a alternativa "administração *ou* locação" e outras "administração *e* locação". No primeiro caso, a maioria delibera que seja administrada a coisa, ou seja alugada. No segundo, que seja administrada e que o administrador a alugue a alguém ou alugue à mesma pessoa, ou a diferentes pessoas uma, duas ou mais partes divisas da coisa comum *pro indiviso.*

O Código Civil, art. 635 e § 1.0, aludiu à deliberação de alugar, como alternativa. O art. 636 apenas estabeleceu a preferência a favor do condômino: "Resolvendo-se alugar a coisa comum (art. 637), preferir-

se-á, em condições iguais, o condômino ao estranho". A regra concerne à locação direta e à locação por intermédio do administrador.

11.PRÉDIOS RUSTIGOS E COSTUMES LOCAIS. -- Quanto aos prédios urbanos, deve o administrador, que não haja recebido normas para administração do condomínio, guiar-se pelos costumes *locais* (elementos de declaração de vontade *fixados)* e abster-se de locações a longo prazo, ou excedentes do seu tempo de administração. Não temos em nosso direito a *redução* do prazo ao prazo usual, expediente que CARLOS

MAXIMILIANO *(Condomínio, 46),* por influência de escritores franceses e italianos, pretendeu inserir no direito brasileiro. A redução de prazo (não confundir com a nulidade do excesso de prazo, quando a lei fixa prazo máximo) é de extrema gravidade, porque corta parte da declaração de vontade e, pois, do negócio jurídico.

Somente a lei ou alguma razão de *ilicitude* (imoralidade, interesse nacional) pode estabelecer reduções.

O condômino que administra sem oposição dos outros condôminos presume-se mandatário; por isso mesmo vale o contrato de locação em que o condômino que administra sem oposição se presume mandatário (art. ao art. 640).

12.CONSTITUIÇÃO DE USUFRUTO. A constituição de usufruto da parte ideal pelo condômino não altera o que foi resolvido sobre a administração ou sobre a locação.

Se os condôminos acordaram em divisão precária ou por tempo, cada parte pode ser alugada se não há oposição dos outros condôminos, ou se no negócio jurídico de divisão precária ou por tempo isso ficou estabelecido.

13.DURAÇÃO DA LOCAÇÃO. Se vale o contrato de locação, perdura ele até terminar o prazo ou conforme a lei de locações, ainda que se dê a divisão material do bem (efetivável de acordo com o locatário, ou depois de terminar a locação) ou a extinção do condomínio por outro meio.

14. PREFERÊNCIA. O condômino, que tem preferência para alugar e

foi preterido, tem ação constitutiva negativa por invalidade do contrato, a fim de se proceder a nova concorrência. Caso ainda não se tenha assinado o contrato, a sentença do juiz é *executiva,* no sentido em que o é a ação do art. 1.006 do Código de Processo Civil, a cujos princípios se deve recorrer (nossos *Comentários,* vol. VI).

§ 1.294. Substância e destinação da coisa

1. **UNANIMIDADE E MAIORIA.** Em tudo que concerne à coisa como objeto de direito, ou à sua destinação, é preciso que ocorra a unanimidade dos condôminos. Toda coisa tem o destino que resulta *(a)* da sua natureza, *(b)* de certas circunstâncias, inclusive legais, que a façam própria a determinado aproveitamento, *(c)* do título com que se constituiu a comunhão (negócio *inter vivos* ou *causa mortis,* ou lei), ou (d) do uso do lugar. Nenhum dos condôminos, nem a maioria deles pode mudar a destinação. É assunto que tem de ser discutido e resolvido, não pela maioria, e sim pela totalidade dos condôminos. Não se considera destinação, para essa conseqüência, a locação para armazém de secos e molhados se o prédio era destinado a perfumarias ou a fazendas. Salvo se se incorporou ao prédio comum a clientela e seria redução do valor mudar-lhe a exploração.

Em todo caso, cumpre atender-se à espécie, uma vez que as circunstâncias podem, por si só *(e. g.,* em tempo de guerra), permitir que se atribua ao administrador alugar para outros fins que os do uso o prédio jomum administrado.

2. REMODELAÇÃO E REFORMA. Qualquer remodelação ou reforma que façam diferente e irreconhecível a-coisa comum, ou qualquer aumento ou demolição, não entra na classe dos atos de administração. A deliberação há de ser unânime. Mas o conserto de pequena monta, ou urgente, de acordo com a importância da administração, cabe nos poderes.

3. **ACIDENTAL TRANSFORMADO EM ESSENCIAL.** O título com que se constituiu a comunhão tem toda a largueza para transformar em essencial o acidental. Assim, a verba testamentária em que se deixa o prédio com a explícita exigência de se não destruírem as pinturas murais; ou em que se lega a fazenda para que se continue a criação de cavalos. Quando é o título que fixa a destinação, não pode a própria unanimidade mudá-la. Salvo se o título muda.

4.DELIBERAÇÃO POR MAIORIA QUANDO DEVERIA SER UNÃ**NIME.** Se deliberação, que devera ser unânime, foi tomada por maioria, qualquer condômino pode usar da ação constitutiva negativa para que se decrete a nulidade da deliberação, ou dela e de algum ato, que dela resultou. Se a deliberação ofende o seu direito real, tocam-lhe as ações respectivas conforme a ofensa. Se lhe ofende a posse, como se vai entrar em obras ou demolição o prédio, nascem-lhe as ações possessórias.

Se, a despeito da exigência da unanimidade, alguma obra se faz, a reposição é à custa do que a ordenou e tem de ressarcir perdas e danos.

5. "DIVISÃO". Fazer divisa a parte indivisa é ofender o direito dos outros condôminos, que, por definição, têm direito real e posse sobre o todo, se bem que os demais *também* tenham. Dir-se-ia o mesmo do que tornasse indivisa a parte divisa: estenderia, por sobre o todo, direito que apenas se restringe à parte divisa. Por isso mesmo; qualquer transformação, por mínima que seja, em que diviso se faça o indiviso, determina as ações adequadas, de propriedade ou de posse, que reponham o estado anterior. Salvo se houve assentimento ou consentimento de todos. Além desse assentimento ou consentimento unânime, para a eficácia *real,* é preciso que se dê à mudança a *publicidade,* que se irradia do *Registro.* Não há transformação tácita dó indiviso em diviso, no plano do direito real. A *realidade* da mudança depende da transcrição.

6.ALTERAÇÕES. As alterações materiais e de destino, quando o consentimento unânime as pode adotar, também se estabelecem pelo silêncio dos outros condôminos, ou pela concorrência de atos semelhantes de todos.

Se as obras, que levantaram paredes e grades nos armazéns do rés do chão, tornando os habitáveis por duas ou mais famílias, foram executadas pelo condômino, ou pelo administrador, à vista ou com a ciência dos outros condôminos, ou dos condôminos, assentimento ou consentimento houve *sem ser prévio* e *por escrito.* Prova-se mediante qualquer meio de prova; e nenhum dos condôminos mantém a pretensão à reposição ou à indenização.

"Em igualdade de circunstâncias é melhor o direito de quem proibe", dizia PAPINIANO, à L. 28, O., *communi dividundo,* 10, 3; "mas, posto que em coisa comum possa o sócio proibir a outro que faça algo, não

pode constrangê-lo a remover a obra feita, se, quando podia proIbi-la, deixou de fazê-lo". Em todo o caso, acrescentava: "et ideo per communi dividundo actionem damnum sarciri poterit". Quis advertir que, ainda aí, o silêncio não operaria isenção da indenização: continuaria a ação de ressarcimento ou perdas e danos. Mais: "sin autem facienti consensit, nec pro damno habet actionem". Isto é: se, em vez disso, consentir, nem a ação de dano lhe cabe. Essa solução não deve mais prevalecer: ULPIANO mantinha a distinção entre *não proibir* e *consentir.* O

silêncio mesmo nem sempre é declaração de vontade, mas há casos em que o é. Somente a produz quando o que cala sabia que o seu silêncio podia ser ou aconteceu ser interpretado como declaração de vontade: aí, não se justificaria reserva mental. Se o condômino pratica atos que exprimem consentimento, como se vai à inauguração das obras, ou paga as licenças fiscais, ou se escolhe a pintura das partes novas, não se precisa pensar em silêncio declaração de vontade; porque há declaração direta de vontade. Se pratica atos que fazem funcionar alguma regra jurídica de ficção ou de presunção legal *iuris taidum,* já o caso é diferente: trata-se como presunção legal, que é; e apenas se indaga se se permite) ou não, prova em contrário.

§ 1.296. INDIVISIBILIDADE PERPÉTUA E TEMPORÁRIA

7.REGULAMENTAÇÃO, CONSTITUIÇÃO, ESTATUTOS. Ainda quanto ao título do condomínio, convém dizer-se que lhe é dado traçar o regime regulamento, constituição, estatutos do futuro condomínio. Entende-se que toda essa matéria é imodificável, ou, se dependente da vontade dos condôminos, só a unanimidade pode modificá-la. Ao título mesmo é lícito fazê-la alterável por outro número (dois terços, três quartos, etc.).

Algumas cláusulas (a) são vedadas; outras, (b) infringidas, dão apenas ação de perdas e danos; outras (c), infringidas, fazem ineficaz o negócio.

(a)São cláusulas vedadas as que forem imorais ou ilícitas; e são nulas.

(b) São cláusulas que apenas sujeitam os infratores ao ressarcimento de perdas e danos: a que somente permita a venda da parte indivisa a algum dos condôminos; a que dê toda defesa possessória a um só dos condôminos.

(c) São cláusulas que, infringidas, produzem ineficácia todas as que constam do Registro do prédio, com os efeitos reais. É o caso da

preferência *negocial* em caso de alienação da parte indivisa. (Não se confunda a preferência *negocial* a favor de A ou de A e B, ou de outra qualquer forma, cpm a preferência *legal* que resulta dó art. 1.189, 1.a parte, do Código Civil:

"Não pode um condômino em coisa indivisível ceder a sua parte a estranhos, se outro condômino a quiser, tanto por tanto". Essa preferência independe de cláusulas e de Registro. Nasce com o condomínio da coisa natural ou juridicamente indivisível: tem, pois, a publicidade que esse teve.).

§ 1.295. Reconstrução do prédio comum arruinado

1. A **UNANIMIDADE.** Ou por desabamento, ou devido a calamidades (terremoto, bombardeio, incêndio, ou guerra), inundação ou qualquer outro motivo, inclusive envelhecimento, os prédios arruinam-se, ou, o que equivale a isso, se tornam impróprios à produção de renda. Não só a casa; a fazenda, o engenho ou usina de açúcar; a fábrica de tecidos. Tudo se pode destruir ou envelhecer.

Pode a maioria deliberar a reconstrução do prédio? De modo nenhum. Não é ato de administração. Nem cabe invo car-se regra que diz respeito a paredes comuns, portas de saída comuns, etc.

2.DESPESAS. Adotado, por unanimidade, que se reconstrua o edifício, ou a usina, ou o engenho, ou qualquer outra obra do homem, as despesas **hão** de ser segundo os quinhões dos condôminos.

§ 1.296. Indivisibilidade perpétua e temporária

1.INDIVISÃO PERPÉTUA. Há indivisões que são perpétuas pela natureza da coisa, *ipsius rei qualitatis.*

Natureza física e jurídica, ou só jurídica. Chama-se *indivisão forçada.* São excepcionais os casos, porém muitos: as ruas, as passagens, alas, passadiços, cursos de água comum, pátios, serviços sanitários, ou de águas comuns, solo das casas de dois ou mais andares divisos, muros, cercas, pontes comuns, o solho ou soalho da casa que é teto da outra.

A perpetuidade pode provir da existência de fundação, sociedade, ou instituição de propriedade herdável, mas resolúvel com a divisão, e outras categorias jurídicas raras, posto que possíveis.

2. CÓDIGO CIVIL, ART. 629. As leis são hostis à indivisibilidade de origem negocial. O Código Civil, no art.

629, disse: “A todo tempo será licito ao condômino exigir a divisão da coisa comum”. Divisão *material,* se divisível a coisa; ou divisão *juridica,* pela venda da coisa, ou adjudicação de quinhões. O título constitutivo da indivisão pode estabelecer a indivisibilidade pelo máximo de cinco anos (arts. 639, parágrafo único, *verbis* “os consortes”; 630, *verbis* “doador, ou testador”). Fora do título constitutivo, à unanimidade é dado adotar, pelo máximo de cinco anos, a indivisibilidade, com a faculdade de prorrogação por voto unânime. É o que se tira do art. 629, parágrafo único: “Podem, porém, os consortes acordar que fique indivisa por termo não maior de cinco anos, suscetível de prorrogação ulterior”. A prorrogação somente se pode estipular, passado o *dies ad quem* do termo: só assim é *ulterior.* A prorrogação, antes, seria disfarce ou fraude à lei.

O art. 680 estatuíu: “Se a indivisão for condição estabelecida pelo doador, ou testador, entende-se que o foi somente por cinco anos”. A forma foi infeliz : porque cláusula não é condição (não há condições de indivisibilidade ou inalienabilidade) ; “entende-se” é expressão que serve para regras dispositivas, ou, mais rigorosamente, para regras interpretativas; e o art. 630 é, no fundo, *ius cogens.*

“A todo o tempo será lícito ao condômino exigir a divisão da coisa comum” (art. 629). Essa sujeição da comunhão à vontade de cada um, que lhe pode exigir a terminação, se prende à imperfeição do regime romano da comunhão, e atendia a que a melhor solução, se dificuldades e contendas surgiam~, ou podiam surgir, era a da pretensão inestancável a dividir-se a coisa. O parágrafo único do art. 629 atenua essa concepção defeituosa:

“Podem, porém, os consortes acordar que fique indivisa por termo não maior de cinco anos, suscetível de proa rogação ulterior”. Note-se, de passagem, a impropriedade da expressão “termo”.

O condômino não tem poder de revogar o ato criatIvo da comunhão, nem, sequer, o de distratar, ou submeter ao juiz, para integração de forma, ou de fundo e de forma, a declaração de vontade de dividir. O que o sistema jurídico atribui ao condômino é a pretensão a exigir a divisão, pretensão *executiva* que consiste em se pedir ao Estado que proceda à entrega de porções exclusivas a cada um dos condôminos, ou ao que exerce a pretensão.

Não se precisa de *encher* denúncia. Não há, no art. 629, de modo nenhum, a figura da denúncia cheia. O juiz tem apenas de verificar se não há algum prazo estabelecido segundo o art. 629, parágrafo único. A sentença que o pedido de execução provoca não se confunde com a cessação da comunhão por negócio jurídico disttatante, em que tomaram parte todos os condôminos, sem ser preciso, de ordinário, a intervenção do juiz. O art. 630

simplifica a solução dos problemas de construção porque estatui: "Se a indivisão for condição estabelecida pelo doador, ou testador, entende-se que o foi somente por cinco anos".

A pretensão a fazer cessar a indivisão é pretensão que supõe o poder de *abusus:* pode-se pedir a cessação da comunhão como se pode alienar; na aquisição de algo que faça divisa a parte (deixando de ser parte, para ser *res)* em troca de algo que se perde nas outras partes, ou na aquisição de algo *(e. g.,* dinheiro) que substitua toda a parte indivisa, há implícita a alienação. Pede-se a extinção da comunhão, o que nem sempre se opera pela divisão da coisa, como exercício de, poder, de *abusus;* portanto, *jure dominii.* Se foi estabelecido prazo, tal cláusula é *restrição de poder,* que só tem efeitos *erga omnes* e reais após o Registro. O juízo da divisão ou, melhor, da extinção da comunhão pode admitir que não se divida a coisa divisível, e se indenize o condômino que pediu a cessação da comunhão. Se a coisa é divisível, a pretensão é a que se desfaça toda a relação jurídica de comunhão: A recebe a, B recebe *b,* C recebe e. Se a coisa é indivisível, o juiz tem, necessariamente, de permitir ou ordenar a venda para que se divida o preço. Incide, então, o art. 632: "Quando a coisa for indivisível, ou se tornar, pela divisão, imprópria ao seu destino, e os consortes não quiserem adjudicá-la a um só, indenizando os outros, será vendida e repartido o preço, preferindo-se, na venda, em condições iguais de oferta, o condômino ao estranho; entre os condôminos o que tiver na coisa benfeitorias mais valiosas e, não as havendo, o de quinhão maior Se o bem era gravado de usufruto, uso ou habitação, a divisão ou a alienação de modo nenhum alcança o direito real sobre toda a coisa. Se a coisa é indivisível, nenhum problema surge. Se a coisa é divisível, o usufruto, o uso e a habitação não tornam indivisível a coisa: os próprios co-usufrutuários, co-usuários, ou co-habitadores poderiam pedir a divisão. A indivisibilidade da coisa pode ter resultado, contudo, do ato da constituição de direito real, pela destinação especial. da coisa. Se o usufruto, o uso ou a habitação recai em parte indivisa, ou divisa, tal direito real é *interior à* quota de um dos condôminos, ou às quotas de alguns deles, e tem a extensão que essas partes têm: o próprio titular poderia pedir a extinção da comunhão de usufruto (usufruto + usufruto; ou usufruto + uso e fruto pelo

condômino); em qualquer caso, tem de ser chamado ao juízo da cessação da comunhão (cf. A. CICU, *La Divisione ereditaria,* 70 s.; 7(. DossErro, *Teoria deita Comunione,* 10). Quanto à renda constituída sobre imóveis, a solução é, por analogia, a do art 754, ou a do art. 749. Sempre que se vende livre o bem imóvel, ou há indenização por desapropriação, dá-se a sub-rogação real. A pretensão à cessação da comunhão é imprescritível (Tomo **VI, §** 667, 2). A pretensão de direito material dirige-se a todos os outros condôminos. A extensão à tutela jurídica só se pode dirigir ao Estado. Se os condôminos preferem distratar o negócio jurídico de divisão, **01**i eliminar a relação jurídica de divisão que o testador criou, **O** contrato de cessação da comunhão pode fazer-se nos autos, termo, que todos assinem e tem eficácia de escritura pública\ ou fora deles. Nenhum dos condôminos tem o dever de *distrato* O distrato apressa solução que se pediria ao juiz: em vez da cessação por força de sentença, tem-se a cessação por eficácia de negócio jurídico. Tem-se apontado, aqui, exercício de direito potestativo (e.

g.,V.ANDRIOLI, *Commento,* III, 469); pretensão fortuitiva extintiva. É renunciável, mas renasce após cinco anos (arg. ao art. 629, parágrafo único); rigorosamente, sobreveio pacto de prazo de indivisão, em que está tiplícita a renúncia à pretensão formativa extintiva. A eficácia real depende de averbação.

O pacto engendra direitos,pretensões, ações, deveres e obrigações *propter rem,* mas a eficacía real depende do Registro. É oponível ao credor do pactuante.

A regra jurídica do art. 629, parágrafo único, é cogente; no que o prazo excede os cinco anos o pacto é nulo. Se foi redigido em termos de condição resolutiva da indenização forçada, passados os cinco anos, sem, que se dê a condição, cessam os seus efeitos (F. 5. Bww L.RAMPONI, *Deita Comunione Corso,* **IX, 3,** 1.079; *di proprietá,* 702 s.; L. Saís, *La Comunione,* 199; G. BRANCA, *Deila Proprietá,* 221). Se o pacto de indivisão foi apenas entl\

dois ou alguns dos condôminos, a eficácia é só entre os figurantes, e o Registro apenas faz real essa eficácia interpessoal[restrita. Os outros condôminos podem pedir a divisão ou cessação da comunhão; mas o que ficar aos figurantes do pacto será em comum (salvo se pré-exclui isso),, o que se opera se foi averbado o pacto, ou, se não foi averbado, os pactuantes são obrigados a constituir a comunhão. No caso de, comunhão *ipso iure* o juiz deve determinar o depósito da 50%a. Há, aí, sub-rogação real.

O prazo de cinco anos, ou outro menor, é prorrogável A prorrogação há de ter os Pressupostos do pacto de indivisão e a eficácia real depende da averbação não há, no direito brasileiro, a cessação antecipada, que outros sistemas jurídicos adotam, para o caso de circunstâncias graves, como divergências irredutíveis entre os condôminos

3. PRETENSÃO A DIVIDIR. Nula é a promessa, a condição, ou a obrigação sob forma de servidão, que implique não pedir o condômino a divisão. *In communionem vel societatem „netno compeilitur invitws detineri* (L.

5, C., *communi dividundo,* 3, 37). A indivisão tem, pois, de ser, sempre, por tempo determinado, ou rompível a líbito de qualquer dos condôminos: a cláusula *ne omnino divisio fiat* (não se proceda à divisão em tempo algum) é nula, por serem juridicamente impossíveis as cláusulas que tirem a pretensão ou a ação. de dividir ou de pedir partilha (cp. Código Civil, art. 116, 2A parte). Separável, como é, essa parte do negócio jurídico, a parte restante éválida (art. 153, 1. parte). Válida é a cláusula pela qual a indivisão seja restrita a certo tempo, desde que a coisa seja divisível, ou se não há outra razão para se proir a divisão (inalienabilidade das partes divisas em coisa indivisível; indivisibilidade e impartibilídade das paredes-meias, etc.) –O Código Civil, art. 629, pos por princípio que a todo tempo é licito ao condômino exigir a divisão da coisa comum *(principio da pretensão a dividir ou a partilhar).* Não se atende ao princípio: a) Se o título foi doação ou testamento, se só se impõe a indivisão por menos de cinco anos, ou por cinco anos, ou, se o foi por mais, reduzido a cinco anos o prazo, por nulidade do excesso (Código Civil, art. 630), regra que não é *ius interpretativum,* e sim *ius cogens,* a despeito do "entende-se que o foi somente por cinco anos", O excesso desprega-se com o corte que lhe dá a regra imperativa. *b)* Se os condôminos mesmos, ou comproprietários, acordaram em que ficasse indivisa a coisa comum por termo não maior de cinco anos (Código Civil, art. 629, parágrafo único), qualquer que tivesse sido o título constitutivo, ou se acordaram no próprio título. Se os condôminos estipularam a indivisibilidade por mais de cinco anos, a sorte da sua declaração de vontade é a mesma que a da *cláusula* imposta pelos doadores ou testadores. O conteúdo do art.

630 não é diferente do conteúdo do art. 629, parágrafo único: naquele, cai o excesso; nesse, também só o excesso.

O art. 629, parágrafo único, é de inspiração francesa (Código Civil

francês, art. $45) : cinco anos, no máximo, renovabilidade; porém o legislador brasileiro distinguiu dois casos: o da convenção entre os condôminos e o da indivisibilidade por vontade de outrem. Enquanto o Código Civil Francês diz (art. 815, alínea 2.) "On peut cependant convenir de suspendre le paztage pendant un temps limité: cette convention ne peut être obligatoire audelà de cinq ans; mais elle peut être renouvelée", quer dizer será obrigatória se até cinco anos, a lei brasileira permite que se fixe, em convenção, até cinco anos e criou a regra escrita sobre ponto duvidoso do direito francês, que é o da extensão do art. 815 aos testadores *(e. g.,* pela não-extensão, BAUDRY-LACANTINE**RIE,** *Précis,* 2.

ed., III, 445; pela extensão, M.. PLANTEL, *Traii élérnentaire,* 1, 770). A convenção de indivisibilidade por mais de cinco anos, no direito brasileiro, é nula quanto ao excesso, embora o art. 630 só se tenha referido a cláusulas oriundas de estranhos.

4.BEM DE FAMÍLIA. O art. 629, parágrafo único, e o art. 630 não atingem casos como: o bem de família, até que os filhos completem a maioridade (art 70, § l°) ; o direito de habitação, constituído ou deixado a mais de uma pessoa (artigos 746, 748) ; quando a divisão for condição resolutiva licita, *e. g.,* prédio destinado a sede de sociedades científicas, proprietárias em comum enquanto o ocuparem (arts. 623 e 647).

5.DISPOSIÇÕES **E CLÁUSULAS.** A convenção entre condôminos ou a declaração de vontade do título constitutivo da indivisão pode estabelecer: *a)* que a cláusula ou convenção não prevaleça contra decisão da maioria (indivisão subjetivamente relativa majoritária) ou que só a unanimidade a possa destruir (indivisão subjetivamente relativa total) ; *b)* que a cláusula ou convenção prevaleça ainda que a unanimidade admita a divisão antes de expirado o prazo de indivisibilidade (indivisão subjetivamente absoluta), o que é *iii quod plerum que fit* e, na dúvida, entende-se que foi essa a que se adotou; o) que se exija, para a divisão, notificação aos condôminos, correndo prazo que não pode exceder de cinco anos, ou que há de caber nos cinco anos a contar da imposição de indivisibilidade, se houve; *d)* que a cláusula ou convenção obriga ou não obriga os sucessores *mortis causa; e)* que a indivisibilidade temporária (cinco anos, no máximo) é sujeita a condição.

As legitimas dos herdeiros (herança necessária) não estão isentas da clausulação segundo o art. 630 (arts. 1.723 e 1.776). Livremo-nos de

estar a introduzir no direito brasileiro, que possui princípio como o do art. 1.728, enxertias estrangeiras. E tem uma casa e deixa-a aos seus filhos C e D, com a cláusula de inalienabilidade: não podem eles fazer cessar a divisão, salvo se a casa é materialmente divisível. APode B estabelecer a indivisão?

Sim, por cinco anos (art. 630) : é "testador", como qualquer outro.

6. COMUNHÃO "PRO DIVISO". O negócio jurídico em que duas ou mais pessoas acordam construir, ou mandar construir edifício comum, dividindo-o em apartamentos, que de antemão se assinalam, estabelece entre essas pessoas desde surgimento do esqueleto do edifício, ou nos termos do que acordaram comunhão *pro diviso.*

Dá-se o mesmo se alguém o constroi, e, particularmente, ou em hasta pública, ou leilão, vende partes divisas; ou se o juiz, atendendo a alguma conveniência de ordem econômica, ou de outra ordem, que deva ser levada em conta, defere, ou manda, de oficio, que só se vendam partes divisas de algum edifício sob comunhão *pro indiviso.*

§ 1.297. Indivisibilidade e destinação

1. CESSAÇÃO DA COMUNHÃO E INVIVISIIBILIDADE. Diz o art. 632: "Quando a coisa for indivisível, ou se tornar, pela divisão, imprópria ao seu destino, e os consortes não quiserem adjudicá-la a um só, indenizando os outros, será vendida e repartido o preço, preferindo-se, na venda, em condições iguais de oferta, o condômino ao estranho, entre os condôminos, o que tiver na coisa benfeitorias mais valiosas, e, não as havendo, o-de quinhão maior". A regra jurídica é para o caso em que os condôminos queiram, negocialmente, fazer cessar a comunhão e para aquele em que algum, ou alguns deles, ou todos, exerçam perante o juiz a pretensão formativa extintiva. Se a coisa é indivisível, óbvio é que não se há de pedir a divisão, mas, simplesmente, a cessação da relação jurídica de comunhão. Na L. 19, § 1, D., *eommuni dividundo,* 10, 3, PAULO disse que, contra a vontade de qualquer dos donos, não se deve nomear árbitro para a divisão da coisa comum, acerca de vestíbulo comum de (duas casas, porque o que tiver necessidade de alienar o vestíbulo terá de pôr preço a toda a casa, se não (tem outra entrada. Se há indivisibilidade da coisa ou da parte comum de duas coisas, a primeira solução que a lei aponta (e não é acidental a colocação das proposições do art. 631) é a da adjudicação das partes a um ou alguns dos condôminos: ali, a comunhão cessa; aqui, há outra relação de comunhão, não mais entre

A, E e C, mas entre E e C. O outro condômino ou outros condôminos, que ficaram fora da comunhão, recebem o preço das suas partes indivisas. A indivisibilidade não é óbice à cessação da comunhão; é óbice à divisão, no sentido exato. O preço, se a quota ou a coisa é inalienável, subroga-se à quota, ou à coisa. Os direitos reais limitados continuam de apanhar a coisa, ou a quota, conforme os princípios, salvo se somente apanham as partes indivisas dos condôminos adquirentes da outra, ou das outras, *mais* o preço da quota ou das quotas adjudicadas.

2. ALCANCE DO ART. 632 NO CÓDIGO CIVIL. O art. 632 não concerne apenas às espécies em que a coisa é indivisível. Pode dar-se que seja divisível a coisa, e a divisão sacrifique o seu destino. Analogicamente, se, com a divisão; o valor decresceria muito (e. o, terreno de cinqüenta metros de frente, que, pela situação, dividido em cinco terrenos de dez metros, não permitira edificação proveitosa, nem obter-se alto preço). A destinação é a destinação duradoura, não precisa ser perpétua; não basta a destinação passageira, nem a precária (= a título de tolerância). Se a destinação é de pertinencialidade, tem-se a coisa comum como indivisível. Toda pertinencialidade que resultou do consenso de todos só a nova destinação, por acordo unânime, pode apagar.

3. DIVISÃO EM NATURA. As coisas são divisíveis ou indivisíveis (Tomo II, § 126). Porém não só a indivisibilidade obsta a que se divida a coisa. Há a indivisibilidade (secundária) que resulta de não ser conveniente que se divida, de não ser cômodo (cf. art. 632, *verbs* "ou se tornar, pela divisão, imprópria a seu destino"). Se ocorre isso, ou aquilo, ou se a divisão é economicamente inconveniente a alto grau, pode-se proceder ao que se prevê no art. 632, obstada a divisão.

Se a coisa é de dividir-se, segundo o conceito que se precisa no art. 682, divide-se a coisa. Às partes materiais sucedem-se partes materiais, segundo a operação: metade de ABC + quarto de ABC + quarto de ABC AB +

metade de C + metade de C em partes divisas. A tal modo de fazer cessar a comunhão que constitui a regra. O art.

632 trata das exceções à (regra. O *princípio primeiro da divisibilidade miiiterial* concerne a bens imóveis e a bens móveis. A operação consiste em pluralização da coisa: em vez de AE, A e E. O condôniino é titular, *vire* **vi** *re,* „do direito à divisão, de que resulta a pretensão à divisão; e possível, juridicamente, e não só faticamente, (tal pluralização (da coisa, como um dos modos, (o primeiro, de cessação da comunhão. Á indivisibilidade pode ser absoluta (a coisa, em si mesma, é indivisível) ou relativa (= por incomodidade, ou destino). Não se divide um cavalo; porém também não se divide a casa de três quartos, se a adaptação custaria demasiado caro e o custo não seria com~ pensado pela valorização ou pelo cômodo de dividir. Têm-se de levar em conta o elemento econômico e o estético, e não só a unidade estrutural. Por outro lado, há a indivisibilidade por interesse público, como se a lei veda as frentes de menos de dez metros ou as áreas de menos de x metros quadrados.

4. SE NÃO **SE PROCEDE** À **DIVISÃO.** Se há grande inconveniência na divisão da coisa, ou se ela mesma é indivisível, a Solução mais prestante e primeira, porque consulta o interesse eventual de um, ou alguns, dentre todos, portanto o interesse de todos, é a atribuição de todos os outros quinhões a um dos condôminos, ou a alguns deles. Ainda aqui, é preciso levar-se em conta que as quotas podem ser desiguais. A atribuição voluntária vem antes de qualquer outra: se os condôminos admitem que um só ou alguns fiquem com as demais quotas, implicitamente manifestam a vontade de se pôr termo à indivisão, sem se dividir a coisa. Se tal manifestação de vontade não ocorre, tem-se de convidar à oferta ou de oferecer a coisa comum a quem mais der. A essa venda podem concorrer os condôminos e a lei dá ao que oferte ou aceite a oferta direito de preferência em relação a quaisquer estranhos (= não-condôminos). Se dois ou mais condôminos ofertam ou aceitam a oferta, prefere o condômino que tem mais benfeitorias (= que fez, a sua custa, mais benfeitorias, ou sucedeu a quem as fez). Se não há benfeitorias, ou se as benfeitorias são de igual (valor (o que a lei não explicitou, mas havemos de explicitar), prefere o condômino de quinhão maior.

1.298. Ações dos condôminos

1. ENUMERAÇÃO NÃO EXAUSTIVA: AÇÃO DE REIVINDICAÇÃO; AÇÃO DE VINDICAÇÃO DA POSSE (COISA MÓVEL); **AÇÃO** PUBLICIANA; AÇÃO DE USUCAPIÃO; **AÇÕES POSSESSÓRIAS; AÇÕES PES**SOAIS DE RESTITUIÇÃO. O condômino pode propor, quanto à coisa toda, ou em parte a)A *ação de reivindicação,* que é ação para o proprietário haver a coisa contra o possuidor que arbitráriamente dela se apossara. Se alguém, por exemplo, durante as combinações de compra-e-venda, toma posse da coisa, cabe a ação de reivindicação, e não a *adio non. adimpleti contractus.*

Se o terceiro adquiriu de um dos condôminos parte divisa da coisa, não podem os outros reivindicá-la, nem a coisa toda; porque a venda é apenas *ineficaz* quanto à localização e o condômino adquirente não se diz dono de toda a coisa. Se disser, a ação de reivindicação pode ser intentada. Se a posse de toda a coisa foi entregue ao adquirente, ou por ele tomada, então excluiu ele a posse dos outros condôminos, e a esses toca a pretensão à tutela jurídica com o emprego das ações possessórias segundo os princípios. Idem, se foi dada posse de parte divisa.

A ação de reivindicação contra o condômino não poderá haver a coisa toda, ainda que o condômino possua a coisa, junto com terceiro não condômino.

“O condômino”, diz o art. 634, “como qualquer outro possuidor, poderá defender a sua posse contra outrem”. A com posse é defendida defendendo-se a posse; posto que com a só defesa da posse da parte indivisa não se defenda a posse da coisa toda. O condômino pode defender uma e outra; bem como, contra outro condômino, a posse da sua parte indivisa, ou a posse da parte divisa.

Quanto à reivindicação, a legitimação ativa provém do art 623, II: não há, aí, mandato presumido ao condômino para reivindicar a coisa toda. Pode provir de mandato presumido ou mandato tácito, mas aqui a questão é outra.

Argumenta-se que, para usar a coisa toda, (condômino precisa reivindicar a coisa: se o terceiro tem consigo a coisa, não pode o condômino usá-la. A confusão entre direito de propriedade e posse é evidente, condômino sem posse ou que tem de pedir restituição da posse pode vir a usar a coisa reivindicando a sua quota; tanto é compossuir e co-usar com os outros condôminos (como com os

compossuidores não-donos. Por outro lado, reivindicar não é administrar, nem usar a coisa, e o art. 623, 1, só se refere às relações entre condôminos. O art.

623, II, permitiu ao condômino reivindicar toda a coisa: "Reivindicá-la de terceiro". A solução é *de lege lata.*. O

sistema jurídico brasileiro cortou cerce a questão, que atormenta juristas de outros países. O condômino, na espécie do art. 623, II, não representa; exerce poder próprio, que o Código Civil lhe atribuiu. Por isso mesmo, a decisão sobre a questão da propriedade dos outros condôminos não prejudica a esses. Se o réu quer a força sentencial para todos, não pode invocar o art. 623, II, nem o art. 631, 2. parte; *para ele,* há litisconsórcio necessário, e a sentença, para ter eficácia contra todos, há de ser em ação em que todos sejam partes.

Se o condômino é réu, na ação de reivindicação, há-se de entender que pode postular contra a reivindicação de toda a coisa, por analogia do art. 623, II; mas também aqui a eficácia da sentença desfavorável aos outros condôminos não os atinge. O litisconsórcio necessário é que teria de ser atendido pelos outros condôminos.

a) Se os réus possuem a coisa *pro indiviso,* a ação há de se dirigir somente contra o terceiro ao qual se deve pedir o que não pertence ao condômino possuidor: esse possui o que é seu, ainda que maliciosamente se haja conluiado com terceiro. Porém a ação é também contra ele, pelo que exceder ao que lhe toca na comunhão. Expelido o terceiro, condôminos que não têm posse, reivindicando a coisa, se juntam ao que já a tem.

b)Se o condômino e o terceiro possuem a coisa em partes divisas, *regioninus divisis,* a ação de reivindicação dirige-se a ambos. Cada um tem de restituir o que possui. Se o autor ou os autores preferem, a ação será apenas contra o terceiro, o que é a solução única se a parte divisa corresponde à parte indivisa do condômino possuidor e esse é autorizado a usar, precariamente ou pela posse imediata, da parte divisa. Nada obsta a que só se proponha a ação de reivindicação contra o condômino que possui indevidamente a parte divisa, ou se proponha separadamente, a fim de se haver a compropriedade e a composse. De regra, o réu é autorizado a exigir do autor, ou dês autores, a indicação da sua compropriedade (E. WINDSCHEID, *Lekrbuch,* 1,987). Os dois casos, a) e b), foram tratados por PAULO, na L. 8, D., *de rei vindicatione, 6,* 1: "Aprova Pompônio", diz ele, "que, se tu e Lúcio Tício possuirdes por partes iguais fundo que me era comum contigo, não devo pedir a cada um dos dois a quarta parte, mas sim

toda a metade a Ticio que não é dono. Diversamente, se possuirdes o fundo por partes certas; porque entã0, sem dúvida, devo pedir as partes do fundo a ti e a Tício. Porque sempre que se possuem lugares certos (isto é, porções localizadas: "certa loca"), necessariamente há neles alguma parte minha; e por isso também deves pedir uma quarta parte a Tício". Note-se a finura de PAULO: "quotiens enim certa loca possidebuntur, necessario in his aliquam partem meam esse: et ideo te quoque a Titio quadrantem petere debere". Como se vê, a ação de reivindicação de parte, a *reivindicatio partis,* tanto se dirige contra o condômino como contra o *extraneus.*

A reivindicação é ação em que se declara o direito de propriedade ou o direito à parte na compropriedade e em que se condena a posse do réu, porém o elemento preponderante da ação é o *executivo.* Há, além do elemento e da eficácia declarativos, o de *realização prática do direito de propriedade.* (Sobre isso, no direito formular, excelentemente, FE. **EISELE,** Zur Lehre vom Eingentum, *Archiv filr die civilistische Prazis,* 63, 54 s.).

Se não admitíssemos a *reivindicatio partis,* como poderia o condômino A, que não tem confiança na legitimidade dos títulos dos condôminos E, C e D, defender o seu domínio?

A ação de reivindicação nada tem com a ação de divisão: aquela tende à conservação do domínio; essa, à cessação do condomínio e, pois, à cessação do domínio *parcial* sobre a coisa *toda.* De modo que o condômino-réu que perde a ação de reivindicação em caso de possuir toda a coisa como sua, ou *regionibus divisis,* ou *pro indiviso,* como terceiro, não perde o que que ele possui correspondendo à sua parte ideal, continua compossuídor simêtricamente à sua parte.

O condômino réu, nas circunstâncias dos exemplos de PAULO, pode não reconhecer o direito de propriedade, ou de propriedade e posse do *extraneus.* Nesse caso, que o jurisconsulto não previu, tem ele ação contra o terceiro, ainda depois de proposta contra ele pelo outro condômino ou pelos outros condôminos. Nada obsta a que se litisconsorcie contra o *extraneus,* segundo os princípios de direito processual.

Terminada a comunhão pela sentença de divisão, cessa a ação de reivindicação da coisa toda. Cada codividente somente élegitimado à reivindicação da parte ora divisa, inclusive contra os outros ex-condôminos.

2) *A ação de vindicação da posse,* se se trata de coisa móvel (Código

Civil, art. 521). Veja Tomo X, §§ 1.074, 8, 1.135, 1, e 1.189, 5.

8) *A ação publiciana,* que é ação simétrica à de reivindicação, para os casos em que não se possa ou não se deseje propor a de reivindicação. Ação de domínio imperfeito. Nela, o terceiro, ou o estranho, pode opor, além da defesa e exceções que poderia opor na reivindicação, que seu título é igual ou melhor que o do autor, que havia má fé na posse do autor, que o título do autor nunca levaria à usucapião, etc. Se o condômino vence a ação contra o terceiro, tendo pedido, embora como condômino, a coisa toda, a eficácia da sentença aproveita a todos; e os frutos devolvidos **são** partilhados, *pro rata* das partes indivisas. Veja Tomo XI, §§ 1.264-1.269.

4)A ação *de usucapião* pode ser proposta pelo condômino, ainda sem litisconsórcio dos outros. Aliás, o juiz deve providenciar, segundo a lei processual, para que se integre a legitimação ativa. Se objeto da ação foi a coisa tUa, a eficácia da sentença aproveita a todos os condôminos.

§ 1.298. AÇÕES **DOS CONDÔMINOS**

5) As *ações* possessórias (Código Civil, art. 488). "O condômino", diz o art. 634, "como qualquer outro possuidor, poderá defender a sua posse contra outrem

A posse do comuneiro pode ser da coisa toda, *pro indiviso,* e é composse, ou de pars *divisa.* De qualquer maneira, cabe-lhe ação possessória contra terceiro e contra outro ou outros comuneiros. Na L. 12, D., *communi dividundo,* 10, 3, ULPIANO diz que, se a casa ou a parede é comum e for necessário repará-la, ou demoli-la, ou alguma obra fazer nela (in eum immittere quid opus sit), se há de propor a ação de divisão da coisa comum, ou o interdito *uti possidet is.* A composse não se "divide" em quotas; há a composse, sem se poder descer à caracterização quantitativa. Há quem admoeste que os frutos se dividem e o condômino teria proteção possessória pela fração. A confusão é evidente. Se o outro condômino ofende à composse dos frutos ainda não distribuídos, ou não entregues após a distribuição abstrata, a proteção é à composse dos frutos, ainda ligados à coisa, ou já separados. Se a distribuição já se fez e foram entregues os frutos, não mais há composse, e sim posse *desses* frutos. Se a distribuição já se fêz e o condômino, que deles podia tomar posse exclusiva (o que é suficiente para a aquisição da posse exclusiva), foi molestado pelo outro condômino, a proteção já é à posse dos frutos, e não à

composse.

Sempre que um dos condôminos obsta à composse pelo outro, esbulha-o; se apenas lha turba, a ação de turbação (= ação de manutenção) cabe. Se o óbice é à colheita dos frutos, ainda é a composse que se ofende. Se o empecilho é ao uso como comuneiro, quanto ao, total, há esbulho; se ao uso como poderia ser o do comuneiro, há turbação.

Se a composse se transmudou em posse de parte divisa, pode haver esbulho como pode haver turbação, com a respectiva tutela jurídica, Não se precisa de apresentar o titulo da *pan dominica.* liominio é domínio; posse é posse. Pode-se compossuir, ou possuir parte divisa de coisa tida por comum, sem se ser condômino. A própria usucapião da parte pode ocorrer sem título (art. 550). O titulo pode ser posto à discussão nas espécies do art. 507.

O compossuidor, como possuidor da parte divisa, tem a ação de obra nova ou embargo (arte. 573, 574 e 582; Código de Processo Civil, arte. 384-392), quer contra terceiro, quer contra o outro compossuidor, ou possuidor da outra parte divisa. O interdito proibitório também pode ser usado quer contra o terceiro quer contra o compossuidor, ou o possuidor da outra parte divisa (cf. art. 501; Código de Processo Civil, arte. 377-380; G.

BRANCA, *Danno temido,* 516 s.) Sobre com posse e posse de parte divisa, Tomo X, §§ 1.074, 1.075, 1.114, 1.118, 5, 1.135, 1, 1.139, e 1.123, 4.

Se a posse do comuneiro é turbada ou esbulhada pelo terceiro, a turbação ou esbulho ofende a posse toda, porque a composse não é, para o terceiro, composse, mas posse *in solidum.* Todavia, se o ato do terceiro é para se meter no lugar do compossuidor, sem ofensa à posse dos outros compossuidores, só a posse do compossuidor é turbada, ou esbulhada. No art. 634, diz-se que “o condômino, como qualquer outro possuidor, poderá defender a sua posse contra outrem”. Se tem posse, entenda-se; se não tem posse, tem de pedi-la *(immissio* possessionis). Por outro lado, pode alguém ter composse, ser compossuidor, sem ser, ou, até, sem se crer condômino.

Quando o compossuidor, condômino ou não, defende a posse da coisa toda, defende-a por si e por tutela própria.

Salvo se o faz como administrador, a que se conferiu posse imediata, não é mandatário, nem gestor de negócios alheios. Todavia, se a

ofensa não atinge a posse dos outros condôminos, a defesa *por eles* é pedido excessivo.

A ação de obra nova é exercivel contra terceiros, como contra os compossuidores.

6)As *ações pessoais de restitztição,* quando se pede a coisa, não como coisa, e sim qual commodum *obligationis,* tal como se emprestei a minha casa, ou se a aluguei, ou se a comprei e quero imitir-me na posse, ou se a vendi e a venda é nula, ou se ocorreu causa de resolução ou rescisão do contrato de compra-e-venda.

2.PRESUMIDOS DE BOA FÉ. O possuidor de boa fé tem direito, enquanto ela durar, aos frutos percebidos (Código Civil, art. 510). Se só era condômino *e quando sabia que o era,* nem por isso perde o direito a eles.

Áliter, não seria possuidor de boa fé. Na solução que alguns escritores desavisados sustentam de que o condômino não faz seus os frutos porque não pode ter estado de boa fé, esquecem-se eles de que, por exemplo, o co-herdeiro que ignora a herança e estava na posse do bem, de boa fé, crendo tê-lo adquirido validamente de outrem, não poderia ser tratado pior do que o estranho que o possuísse de boa fé.

§ 1.299. Ações contra os condôminos

1.AUTOR, RÉU; POSSUIDOR; LITISCONSÓRCIO. Em todas as ações contra os condôminos, em que se peça alteração, ou se negue o direito real, ou a posse dos condôminos, são eles *liticeonsortes passivos necessários,* unitários, ou não, conforme as espécies.

No litisconsórcio passivo necessário, têm de ser chamados todos os condôminos. A sorte processual é a mesma, se bem que nem sempre tenha de ser a mesma a sorte de direito material. A resolução final, a sentença, apanha a todos os consortes, é comum a todos; porém casos há em que a sorte material (o que se decide) não é a mesma.

Não há a exigência da *unitariedade* da prestação jurisdicional (nossos *Comente rios ao Código de Processo Civil,* 1, antes dos arts. 88-94).

No litisconsórcio passivo unitário, a sentença tem de ser uniforme: o juiz não pode dar sorte diferente no plano do direito material às partes litisconsorciadas. de que trata o art. 90 do Código de Processo Civil, *verbis* “ser resolvido de modo uniforme”. Todo litisconsórcio unitário é

litisconsórcio de ofício: no Código de Processo Civil, todo litisconsórcio unitário cabe no art. 91, 1. parte, *verbis* “o juiz ordenará”.

2.LITISCONSÓRCIOS O condomínio é caso típico não o mais típico de comunhão de interesses: o interesse é um só; e há pluralidade subjetiva. Isso não quer dizer que não apareçam casos em que o litisconsórcio passivo dos condôminos não tenha outra fonte. (conexão de causas; afinidade de questões, motivada pela existência de assunto comum de direito ou de fato, como se o condômino A foi condenado na primeira ou superior instância pela prática de ato que o condômino B também praticou).

Se a fonte do litisconsórcio passivo é a comunhão de interesses, os condôminos não podem dispensá-lo (Código de

Processo Civil, art. 88, 2.” parte). A cumulação subjetiva exclui, aí, à independência entre as partes. No entanto, a regra é que as cumulações subgetivas se possam operar, continuando as partes independentes entre si (Código de Processo Civil, art. 155 e parágrafo único). No caso dos condôminos, em relação à coisa comum, é tal a situação da mesma *sorte,* que perdem as partes a independência que teriam na cumulação subjetiva simples.E então preciso que a resolução final seja *comum.* Para isso, a atividade de cada um dos litisconsortes influi sobre o processo do outro, ou dos outros, de modo que a prova feita por um é como se tivesse sido produzida por todos os restantes. Se um deles nada fez, ao ter de provar a demanda, nem por isso lhe deixa de aproveitar a sentença que se profira. Em todo caso, o fato admitido somente por um, ou a pretensão do adversário que somente um reconheceu, apenas se tem por firme quando os outros litisconsortes a discutem. Tão pouco vincula aos outros a confissão, ou o reconhecimento de um só deles, sem que qualquer desses fatos parciais possa ser excluído na convicção final do juiz. No caso de um dos condôminos ser revel, a revelia não o prejudica e a sentença favorável -lhe aproveita tanto quanto aos outros. Tratando-se de litisconsórcio necessário, o autor ou autores tem de diligenciar para que todos os litisconsortes os condôminos estejam presentes na relação processual, mantendo-se, no plano do processo, a co-presença existente no direito material. A comunhão de direito material plasma, então, a com sorte processual.

3.LITISCONSÓRCIO UNITÁRIO. Algumas vezes, o litisconsórcio

passivo dos condôminos é unitário. Quer dizer: a **questão,** a *res in iudicium deduota,* tem de ser resolvida de modo uniforme (Código de Processo Civil, art. 90, 1.8 alínea). Exemplo: na ação confessória de servidão predial contra o prédio comum, pois aí a sentença tem de ser uniforme ou "una" para todos os condôminos. Se um ou alguns deles são revéis, podem intervir nos atos ulteriores, independentemente de nova citação (Código de Processo Civil, art. 90, 2." alínea).

(a)Se há litisconsórcio necessário, porém não unitário, a) o condômino litisconsorte revel, ou o que tiver perdido algum prazo, não é representado pelo outro *(e. g.,* art. 82, 1, do Código de Processo Civil; *auter,* art. 208, parágrafo único, 1 e II, do Código Civil, porque aí é unitário) ; quer dizer: o comparecente posterior pode impugnar atos anteriores; *b)* o condômino litisconsorte pode impedir prejuízos oriundos do ato processual do outro ou dos outros (Código de Processo Civil, art. 90; *o)* o condômino, em virtude de *b),* tem liberdade para contestar a confissão, opor-se à desistência e à transação, bem como a qualquer atitude de conformidade, expressa ou não.

(b)Se há litisconsórcio unitário, *a)* a intimação da sentença favorável aos condôminos litisconsortes tem eficácia *a favor* de todos os outros; *b)* a intimação da sentença favorável aos condôminos litisconsortes, promovida pela parte contrária, contra um só, seguida de trânsito em julgado quanto a esse, tem eficácia a favor de todos; o) se a sentença é favorável ao demandante adverso, têm de ser citados todos os condôminos e precisam extinguir-se todos os prazos (JAMES GOLDSCHMIDT, *Der Prozess ais Reohtslage,* 534); ci) a absolvição da instância quanto a um dos condôminos opera quanto aos outros (cf. K. MELLWIG, s *ystem,* 1, § 123, IV, n. 2, e nota 9); *e)* os condôminos revéis e os que perderam prazo são representados pelos- demais; */***)** o juiz deve mandar *integrar* a contestação, citado o condômino que o não foi (Código de Processo Civil, art. 91). Cada condômino tem sempre direito a promover os atos do. processo.

4.EFICÁCIA DA SENTENÇA. Nas ações declarativas, a eficácia da sentença é marcada pelo teor dos seus enunciados, que firmam, entre as partes e só entre elas, a coisa julgada material Nas ações constitutivas, segundo os quinhões, ou, se constitutivas negativas, conforme a extensão da nulidade ou ineficácia que se alegou na inicial e se delimitou na sentença. Nas ações de condenação, salvo se o pedido se afastou da figura da comunhão *(e.* g., culpa, ou responsabilidade maior de um dos condôminos), o quanto da condenação é rateado. Nas ações mandamentais, a perda é conforme

as partes indivisas, exceto se a sentença mesma quebra essa proporção *(e. g.,* embargos de terceiro senhor e possuidor, ou só possuidor, contra todos os condôminos e decisão que não os recebe ou os julga improcedentes quanto a algum ou alguns dos condôminos). Nas ações executivas, entende-se que a perda é *pro rata,* se outra não foi a decisão da sentença. Todas essas proposições são apenas *regras de interpretação das sentenças.*

O feixe de ações que podem nascer do condomínio ou de haver condomínio não se presta a classificação que as exaura. Todas as ações que nascem da propriedade, ou de haver propriedade, podem nascer da compropriedade, ou de haver compropriedade; portanto de todos os recantos do direito podem provir. verdadeiro, em toda a sua extensão, o que antes dissemos: condomínio não é mais do que pluralidade de domínios, sendo uma só coisa o objeto deles. Tudo que se enuncia sobre domínio se enuncia sobre o condomínio.

Ainda a respeito de ações convém frisar-se que, nas comunhões *pra divisa,* por exemplo nos edifícios de apartamentos, há as ações que nascem da propriedade *pra divisa,* como a ação ,de reivindicação de um comuneiro contra outro, ou outros, as ações que nascem da propriedade *pro indiviso,* como a dos condôminos contra o danificador do portão de entrada, as ações que nascem da propriedade *pra divisa* e da propriedade *pro indiviso,* exercidas cumulativamente, *e. g.,* a ação contra o que danificou partes comuns e algum apartamento.

As questões de propriedade imobiliária são, quase sempre, questões relativas ao Registro e à incidência do art.

530, 1, assuntos largamente expostos no Tomo XI. possível que alguns condôminos pelo título *a* também figurem como condôminos por *b* e duas ações sejam propostas em que um ou alguns condôminos pelo título *a* sejam autores numa delas e réus na outra. Não há ao contrário do que vulgarmente se pensa qualquer contradição em afirmar A que é condômino pelo titulo *a* e também pelo titulo *b,* se bem que não se possa adquirir de si-mesmo propriedade, nem se possa adquirir a propriedade que já se tem. Se A perde a ação, quanto ao título *a,* transita em julgado a sentença, com toda a eficácia declaratória negativa. Se A também perde a ação quanto ao título *b,* não é ele, de modo nenhum, comproprietário. Mas, se perde quanto ao título *a* e ganha quanto ao titulo *b,* ou vice-versa, comproprietário é quanto àquele título que foi *res in iudicium deducta* na ação em que lhe foi favorável a sentença. Se A ganha quanto ao titulo a e quanto ao título b, é comproprietário conforme o título que lhe reconheça maior quota, salvo se a eficácia da sentença a respeito de *a,* ou de b, tem de

subordinar-se a regra de ser eficaz o que por último se Registrou (= não há mais pretensão ao cancelamento do Registro posterior menos favorável) -

PERDA DA PARTE INDIVISA

§ 1.300. Perda da compropriedade

1.CAUSAS DE PERDA. Perde-se a parte indivisa como n perderia o todo. Com a divisão, executa-se o que estava na obrigação de dividir; de modo que o sujeito, condômino, não deixa de ser o titular da relação jurídica de propriedade: apenas a parte se "localiza", mediante a efetivação da divisão do bem. Parte concreta, em vez de ideal; *pedaço* (ou *coisa),* em vez de *quata.* Não há perda da compropriedade, quando se divide; é a comunhão (a compropriedade) que termina: a propriedade continua.

2.RENÚNCIA. O comuneiro pode renunciar à compropriedade do apartamento (= apartamento ± partes indivisas no terreno e no edifício). Tal renúncia tem de ser transcrita no Registro de Imóveis. No direito brasileiro, o apartamento e as partes indivisas ficam *res nultius.* Os comuneiros não adquirem a propriedade, que pode ser *possuida* e *usucapida,* sendo de notar-se que, se algum comuneiro a possuia *ad usuca pio-nem,* ou a vem possuir, a renúncia não dá maior eficácia à posse que a de ter deixado de haver quem possa excepcionar de domínio. Não há, no direito brasileiro, acessão à compropriedade dos outros comuneiros. Diga-se o mesmo, *a fortiari,* quanto ao condomínio.

3.ABANDONO; NÃO HÁ **CONSOLIDAÇÃO ENTRE CONDÔMINOS.**

Se uma parte do prédio comum fica sem dono, pelo abandono (Código Civil, art. 589, III), passa, segundo o art.

589, § 29, ao Estado (Estado-membro, Distrito Federal, ou União), e não aos outros condôminos. Esses poderiam adquiri-lo por usucapião, segundo os princípios; e não pelo direito de acrescer, que é instituto de direito das sucessões. CARLOS MAXIMILIANO *(Con.dominio,* 18) confunde o direito de acrescer, a acessão (avulsão) e outros institutos; e cita a O. CROME e outros, que não dizem isso. O *jus adcrescertdi,* o

adorescere, só se dá entre herdeiros ou entre legatários (nosso *Tratado dos Testamentos, II,* 573-634). A L. 4, O., *de a.edificiis privatis,* 8, 10, estatufu: "Si, ut proponis, socius aedificii ad refectionem eius sumptus conferre detractat, non necessarie extra ordinem tibi subveniri desideras. etenim si solus aedificaveris nec intra quattuor mensuum tempora cum centesimis nummus pro portione socii erogatus restitutus fuerit vel, quominús id fieret, per socium id stetisse constiterit, ius dominil pro solido vindicare vel obtinere iuxta placitum antiquitus poteris". Passemo-la, por nossa conta, em vernáculo: "Se, como expõem, o comproprietário do edifício se recusa a contribuir para os gastos da sua reparação, não é necessário que pretendas para ti tutela, extraordinariamente. Porque, se tu, sozinho, o tiveres edificado e dentro do tempo de quatro meses não se te houver restituído, proporcionalmente à parte do comproprietário, o dinheiro gasto, com juros de um por cento ao mês..., podes, conforme o que antigamente se estabeleceu, vindicar ou obter o direito de domínio sobre a coisa". Não há, ai, direito de acrescer; há preclusão que é outro instituto. Nós não temos, sequer, essa; e a página que CARLOS MAXIMILIANO escreveu é estranha ao direito brasileiro e ao alemão. Só *lex specialis* cogita de abandono *(e. g.,* § 1.278, 8).

4.ALIENAÇÃO DE PARTE INDIVISA E ALIENAÇÃO DE PARTE ARBITRARIAMENTE DIVISA. A alienação da parte ideal, ainda se indivisível a coisa, é possível, a alienação perfaz-se; pois a *ação constitutiva* do outro condômino, com o direito à preempção, prescreve em seis meses (Código Civil, art. 1.189, 2.8 parte). Se a venda foi de parte arbitrariamente divisa, isto é, "vendo a parte x do lado esquerdo", em vez de "vendo a parte x", surge a questão de se saber se tal venda existe, se é valida, ou, se existe mas é nula, se a nulidade pode ser sanada.

A compra-e-venda existe, vale como compra-e-venda de parte indivisa, e não tem eficácia como compra-e-venda de parte *divisa* enquanto se não proceder à divisão e não couber ao vendedor (ou seu sucessor) a parte que foi *ineficazmente* vendida.

Não há inexistência, nem invalidade, somente porque se acrescentou a "localização" da parte ideal. O mesmo raciocínio havemos de empregar se há alienação de *um* dos bens comuns, ou se o comuneiro deixa em herança ou legado *um* dos bens da comunhão.

Nenhum condômino pode sujeitar todo o bem ou parte dele (seria parte divisa) a servidão predial, porque excederia a sua parte, ou realizaria, para esse efeito, operação de divisão. Quanto ao usufruto, o

uso ~e a habitação, são elementos da propriedade. Naturalmente, não pode o condômino dar usufruto, ou uso, ou habitação da coisa toda, porém a sua parte ideal é suscetível de usufruto e, se está regulado o uso ou a habitação, nada obsta a que se separe a sua propriedade nua e o uso ou a habitação. (O tratamento das servidões e dos outros direitos reais em pé de igualdade é erro grave.)

5.PARTILHA E DIVISÃO. A divisão da coisa ou a partilha do preço da alienação *declara* que o quanto a ser recebido em coisa ou em preço é *,p,* mas o que A, B e C recebem não é o que eles tinham na coisa: se houve divisão, porque A tinha *eIS,* B, c/8, e C, eIS, em toda a coisa, ao passo que A recebe e/E em natura, concretamente, B, eIS em natura, concretamente, e C, eIS em natura, concretamente; se houve partilha do preço, o preço corresponde a *e,* sem ser *e,* e o que cada comunheiro recebe é p/8, e não mais eIS. A declaratividade é assaz para que não se tenham os ex-comunheiros como sucessores de todos, em virtude do ato de divisão; porém não basta a declaratividade para identificar p/S e eIS, nem, sequer, eiS concreto, em natura, com eIS abstrato, isto é, o pedaço de 10 x 80 metros, do lado esquerdo, do terreno de 80 x 80 metros, com a quota de 80 x 80/3, ou o pedaço de 10 x 30 metros, no meio do terreno de 80 x 30 metros, ou o pedaço de 10 x 80 metros, do lado direito, do terreno de 80 x 80 metros. Os codividentes passam a ter algo que não tinham e deixam de ter algo do que tinham.

Por outro lado, deve-se repelir toda concepção que considere a situação dos condôminos, *manente eommuni.one,* como de expectativa das suas partes; a situação deles é completa, perfeita, se bem que *pro indiviso,* não há entre eles, nem acima deles, personalidade ou quase-personalidade, do grupo. Há interesses comuns e há interesses particulares, individuais (mundo láctico), o que leva à regulação do exercício dos direitos. ~ de toda relevância evitar-se confusão entre o mundo fático e o mundo jurídico, como entre o plano da existência e o plano da eficácia. Ninguém tem poder de gestão só por si, relativamente a toda a coisa, porque todos tem direitos sobre a mesma coisa, e se tem de regular o exercício. O principio majoritário impõe-se como um dos expedientes de regulação de interesses comuns e particulares que a lei *podia* adotar: a lei adotou-o (art. 685). A lei mesma considera tal necessidade de deliberação-expediente após à verificação de que, "por circunstâncias de fato ou por desacordo", não é "possível o uso e gozo em comum" (art. 685). O condômino pode alugar, sozinho, a coisa, e aí ao vivo se mostra que o sistema jurídico não cogitou de grupo, ou sujeito único, ou de pluralidade de sujeitos, mas de direito sobre quota a que se subpõe, com a posse imediata única, o direito único de comuneiro-locatário, que é **tão** estranho

como qualquer terceiro, salvo no tocante ao direito de preferência que é *anterior* ao contrato de locação

No art. 641, diz-se: "Aplicam-se, nos casos omissos, à divisão do condomínio, as regras de partilha da herança (artigos 1.772 e seguintes) ". A divisão é negócio jurídico executivo e declaratório; não é só declaratório, ou não se emprega o termo em sentido preciso; porque se A e B declaram que dividem pelo meio o terreno *a,* de modo que fique a A a parte do lado esquerdo e a B a parte do lado direito, dividiram, e não só declararam; o que eles declararam tem pouco alcance, porque foi, apenas, que A *tinha* metade do terreno (parte *pro indiviso)* e B *tinha* outra metade, porém, dividindo, passaram a ter o que não tinham: a totalidade da metade do lado esquerdo e a totalidade da metade do lado direito. Ao tempo em que se precisava de pensar em declaratividade para se admitir eficácia *ex tune,* os juristas fizeram grande garbo de verem declaração na sentença de divisão ou de partilha.

Depois, descobriu-se que sentenças constitutivas havia que tinham eficácia *ex tune;* e percebeu-se que há um toma-lá dá-cá em toda sentença que põe termo à indivisão. Toda essa simpatia pela declaratividade das decisões divisórias foi imaginada pára conseqüências fiscais. A declaratividade somente poderia ser ficção. Ora, se temos de considerar, cientificamente, as sentenças, por sua carga de eficácia, não os serve por entre os dados do problema o que foi feito de ficção sem o indispensável rótulo, que avise o investigador de que o legislador mesmo introduziu efeito *a mais* ou o atribuiu ao que ele pensava que seria o único elemento capaz de dar-lhe esse *plus.* A ficção serve aos fins do legislador, porém não se há de sacrificar a sistemática: a ficção da declaratividade foi usada por ele, porque pensava que somente a sentença declarativa ou o negócio jurídico declarativo poderia ter eficácia *ex tune.* A ciência tem de denunciar o erro, sem desrespeitar a lei: a sentença de divisão é de eficácia *ex tune,* como estatuíu a lei, embora não se precisasse da falsidade de ser declarativa. No art. 631 diz-se:"A divisão entre condôminos é simplesmente declaratória e não constitutiva de propriedade. Esta poderá, entretanto, ser julgada preliminarmente no mesmo processo". Deve-se ler o art. 631 como se nele estivesse escrito: "A divisão entre condôminos tem eficácia *ex tune,* e não decide sobre a propriedade. Em todo o caso, pode ser inserta, como questão prévia a da propriedade". Na substituição da parte indivisa pela parte divisa, tornada *res,* há *aliquid novi,* que não se pode eliminar na exposição do que verdadeiramente se passa quanto à sentença de divisão. O

condômino pode ser considerado pela lei (= pelo legislador) como

tendo sido, desde o início, o dono da parte divisa tornada coisa, mas isso só se dá porque o legislador lançou mão de ficção (cp. R. **FUBINI,** *La Teoria dei Vizi redibitorji,* 215), ou empregou conceitos errados mas recebiveis no sentido dos conceitos que devem ser.

Somente quem não quer, ou quem é vítima de estranho daltonismo, não vê que a sentença de divisão, pois que divide, *modifica* a relação jurídica que existia, exatamente quanto ao objeto, ou a substitui intimamente por outra.

Pensou-se que a divisão tirava do ente coletivo ((qual seria esse, na comunhão? **)** a propriedade e a atribuia aos dividentes; mas tal construção é sem apoio na realidade :„apagaria, no passado, os direitos reais dos condôminos, desvaloria a ponto de só se ver a sombra deles, no mesmo chio, isto é, a coletividade.

Após essa explicação, que mais é explicitação, o art. 631 desveste se de todo o mistério que o circundava, ou com que se pretendia que estivesse circundado.

6. **USACAPIÃO.** Entre condôminos corre o tempo para usucapião, salvo a favor do administrador enquanto o é(art. 168, IV) e "guarda" a coisa. Assim, pode o condômino que tem um quarto do terreno ter posse do todo, ou da metade, como dono exclusivo, e vir a usucapir *(e. g.,* era condômino e, diante da luta entre os condôminos e terceiro, adquiriu os pretensos direitos do terceiro, passando a exercer posse sobre tudo que comprou, sem interrupção do prazo por parte dos condôminos). Basta que se alegue e prove a nova posse *(mutatio eausae possessionis* permitida!), sem ser preciso qualquer ato de oposição à posse dos outros condôminos (sem razão, E.

5. BANCHI, *Corso di Diritto civile italiano,* IX, 976). O condômino-administrador é que precisa deixar de ser administrador e caracterizar a nova posse como de possuidor exclusivo. Os condôminos que não são administradores não estão incluidos no art. 168, IX, não tem somente a posse imediata, a que se proibisse a *mutatio* em posse plena : são condôminos de partes indivisas e podem possuir, plenamente, ou mediatamente, como condôminos (composse), ou como proprietários exclusivos do todo ou de parte maior do que a que tem, ou de parte divisa. O que importa é que a tença, no tocante ao todo, ou parte indivisa maior, ou de parte divisa por parte do condômino, não seja a tença de que cogita o art. 497, l A parte ("Não induzem posse os atos de mera tolerância"), mas verdadeira posse (art. 485). Se há a tença do art. 497, 1.8 parte, ou posse (art. 485), é *quaestio facti.* Não há

princípios *a priori.* Apenas, pois que há, *cc hvpothesi,* título de composse, é de mister que se dê, sem ou com infração do princípio da imutabilidade, a líbito, da causa da posse e da posse, a *mutatio causae possessionis.* A presunção de que não se mudou a causa da posse, se se havia composse, é presunção *facti,* e não legal. Se houve má fé inicial, a prova da *mutatio* é difícil, salvo se ocorreu esbulho, ou a cessação caracterizada da clandestinidade. Do fato de poder o comuneiro usucapir a coisa comum, ou a parte maior, ou a própria parte, que considerava sua, não se tire, como fez, sem razão, O. BRANCA *(Delia Proprietã,* 96), que a propriedade não é dos comuneiros, uma vez que não se pode usucapir coisa própria. Se o comuneiro adquiriu por título vulnerável e tomou posse, pode vir a ter de alegar usucapião da parte que era a sua. Se o título era invulnerável e passou a possuir a parte divisa, sem ser como efeito de regulação do exercício dos direitos de comuneiro, ou se passou a possuir toda a coisa, a usucapião pode operar-se. Era ou se cria dono da *paras indivisa;* sobreveio posse de *pars indivisa,* igual, maior, ou menor, ou de *paras divisa,* ou de toda a coisa, e o comuneiro tem posse hábil à usucapião. Pode-se usucapir a própria. *paras indivisa* que se cria ter, por outro título; *e.* g., A comprou a D a têrça parte do prédio em que B e C são condôminos; tomou posse, ou não tomou; depois, por desconfiar do titulo de D, compra a E a terça parte, a que corresponderiam duas terças partes indivisas vendidas por E a C, ou a F; se A começa a tratar somente com O, ou com F, de acordo com o *titulos possesgionis* oriundo de E, repelindo a comunhão com B e O, que sucederam a 13, A, se tomara posse antes, muda a *causa possesstonzs.*

7. PERECIMENTO. A propriedade da parte divisa pode perecer (o apartamento foi destruído). Mas tal perecimento não importa perda da quota nas partes indivisas, O perecimento de toda a coisa é que causaria a extinção da compropriedade nas partes indivisas e da propriedade na parte divisa.

O perecimento de parte da coisa pode ocorrer quando algum dos condôminos tem posse de parte divisa, por titulo de regulação do exercício *(causa possessionis).* Se a parte que pereceu foi a parte divisa desse condomínio possuidor de parte divisa, o perecimento não atinge o objeto da compropriedade senão na medida em que atinge a compropriedade de todos os outros condôminos, porque, embora seja ele possuidor de parte divisa, é dono de parte indivisa. Se a parte que pereceu foi a parte ou uma das partes que ficaram em composse, tudo se passa, em relação à propriedade, como se todo o imóvel fosse em composse. No plano do direito de propriedade, ressalta a incolumidade dos comproprietários a qualquer regulação do exercício.

No plano possessório, o que perdeu a posse, por ter perecido a parte, deixou de ter posse, se o resto do imóvel está dividido em partes de posse; mas tal mudança de circunstâncias não pode fazer dono sem posse, isto é, não pode riscar-lhe o *jus possidendi.* Todavia, não tem ele, automaticamente, a com-posse, tem a pretensão a nova regulação, ainda que a regulação haja sido no ato constitutivo do condomínio. Tal investidura automática não ocorre ainda que seja ele o único condômino a que se houvesse atribuído posse de parte divisa. condômino que perdeu a posse, sem ter perdido a compropriedade, e sem ter perdido o *ins possidendi* e a própria posse mediata que é composse, acima da posse imediata, dividida, dos condôminos. A regulação do exercício do condomínio pela divisão das posses é regulação de posses imediatas.

Na ação de regulação, que o condômino, quando se perdeu a parte divisa, tem de propor, há de ele pedir que se lhe de em nova composição posse imediata do restante, indivisa ou divisamente.

Por onde se ve que: a) a divisão quanto à posse é regulação jurídica do poder fático, que é a posse, sem qualquer repercussão no plano da propriedade; que o perecimento da parte possuída divisamente não apaga a posse mediata (composse do todo), nem o *ius possidendi* quanto à posse imediata, que tem de ser dada por se ter perdido a *pars divisa.*

§ 1.301. Cessação da comunhão “pro indiviso”

1. CASOS. A comunhão *pro indiviso* pode cessar *a)* pela concentração subjetiva (se de todos os condôminos menos um adquire esse as partes), b) ou pela divisão material do prédio; *c)* e a propriedade desaparece nos mesmos casos em que desapareceria se não houvesse compropriedade. No caso de concentração ou de divisão material não há, de modo nenhum, alteração na propriedade. Termina a comunhão *pro indiviso:* a) Se o condômino adquire a propriedade do outro ou dos outros condôminos, qualquer que seja o título da aquisição do domínio da *pars indivisa.* A aquisição somente na enfiteuse sobre as outras partes extingue a comunhão enfitêutica, porém não a comunhão de senhorio. A aquisição do direito de fiduciário da parte ou das partes dos outros condôminos apenas deixa uno o bem imóvel durante a fidúcia; com a morte do fiduciário ou advento do termo ou condição, a comunhão pode ressurgir, se os sucessores da parte fiduciária não são os mesmos do condômino que tem a parte com ou sem fideicomissão.

b)Se a coisa comum perece.

e)Se, em virtude da divisão, se divide materialmente a coisa comum, caso em que à comunhão *pro indiviso* sucede a pluralidade de bens ou a comunhão *pro diviso.*

2.CONCENTRAÇÃO. A aquisição da propriedade pelo condômino, nos casos a) opera-se após contrato transíativo (compra-e-venda, troca, doação, etc.); pela aquisição judicial (arrematação, adjudicação, etc.); pela desapropriação, se o desapropriante é o condômino *(e. g.,* União) ; pelo abandono da parte ou partes indivisas, se o condômino é a pessoa jurídica de direito público a que se refere o art. 589, III, e § 2.0; pela usucapião da, parte ou partes dos outros condôminos; pela sucessão hereditária da parte ou partes dos outros condôminos.

3.ABANDONO E RENÚNCIA. Não se adquirem partes ou parte dos outros condôminos em virtude de abandono (art. 589, III); porque o condômino que se segue é o Estado (art. 589, § 2.). Se algum condômino recebe a parte ou partes por força de usucapião, não se pode falar em cessação devida ao abandono. Aliás, a própria pessoa jurídica de direito público que sucede em virtude do art. 589, § 2., só sucede dez anos depois: durante os dez anos, se era condômino, foi dono da parte indivisa sem ser dono das demais, adéspotas no intervalo.

Tão pouco a renúncia, que é caso de perda da propriedade, ainda de parte indivisa, faz donos da parte renunciada os outros ou outro condômino. Seria doação.

4. DIVISÃO MATERIAL. A convenção de divisão entre dois ou mais condôminos é eficaz entre eles, se bem que não seja imponível aos demais. Qualquer dos outros condôminos pode exigir a divisão, tratando-se o bem como todo. Se todos concordaram na divisão *parcial* com caráter definitivo, divisão houve, e cessou, a respeito das partes entre as quais se operou a divisão *e entre elas e o resto, a* comunhão, embora possa não ter cessado entre as partes componentes desse resto.

§ 1.302. EFICÁCIA DA DIVISÃO

Nenhum condômino nem a maioria pode pedir, em juízo, a divisão parcial. Pedida a divisão geral, nada impede que alguns daqueles a que se assinaram partes divisas prefiram manter ou voltar à comunhão

entre si.

5.DIVISÃO AMIGÁVEL. À divisão *material* amigável são pressupostos essenciais: a) unanimidade de todos os interessados, ainda que seja para só se separar a parte de um dos condôminos; *b)* escritura pública (art. 184, II) ; e) transcrição no registro de imóveis. A capacidade é regulada segundo a lei civil à semelhança do que ocorre com a venda e a troca.

6. AÇÕES. A ação de divisão rege-se pelos artigos 415-450 do Código de Processo Civil.

§ 1.302. Eficácia da divisão

1.CÓDIGO CIVIL, ART. 681. DIREITO FRANCÊS E DIREITO BRASILEIRO. Segundo o Código Civil, art.

631, a eficácia da divisão é *ex tune,* e não *ex nuno:* "A divisão entre condôminos é simplesmente declaratória e não atributiva da propriedade. Esta poderá, entretanto, ser julgada preliminarmente no mesmo processo". A terminologia da lei é defeituosa, tanto mais quanto se afastou do seu inspirador, o art. 888 do Código Civil francês, só relativo, aliás, rigorosamente, a co-herdeiros. *Direito francês:* A divisão material ou qualquer ato que se substitua a ela como se houve adjudicação de alguma, algumas, ou todas as demais partes a um dos condôminos, porém não quanto ao terceiro a que se transfere parte, ou toda a coisa tem como efeito que o condômino se considere como tendo tido como só sua a parte ou como só seu o todo que lhe cabe. Solução audacíssima, que do antigo direito francês passou ao Código Napoleão. Os credores dos antigos proprietários perdem, pois, *ex tunc,* todos os direitos que tinham sobre a coisa, e a hipoteca da parte ideal passa a todo o bem.

Direito brasileiro: A sentença ou ato de divisão só se refere à coisa, ou se refere à coisa e a reposições. Se admitíssemos as conseqüências da doutrina e da jurisprudência francesas, o termo "declaratória", que já é impróprio, passaria a ter conteúdo absurdo. A hipoteca da parte indivisa, transformando-se em hipoteca de parte divisa, nada tem de extraordinário, nem é extraordinário que a sentença ou ato de divisão ou de partilha tenha eficácia *ex tune.* O credor da parte ideal x é considerado como credor da parte divisa x desde o início. Nada há de inaceitável. Ficção, mas suportável pelos fatos da vida e o jogo dos

interesses. A divisão material ou a partilha realizam divisão material ou partilha que a comunhão *pro indiviso* fazia esperar-se. O prédio X em que eram condôminos A, E e C, por partes iguais, sendo divisível em três apartamentos, *Xa Xb,* e *Xc,* dá-nos o exemplo mais simples: cada um dos condôminos é considerado como *tendo sido* desde o começo da comunhão, ou da entrada de cada um na comunhão como o dono daquelas partes divisas, Xa, *Xb, Xc.* Se A fica com as três partes, uma sua e duas de E e C, não se pode *deixar* de dizer que se hajam atribuído a A as partes de B e C, pois em verdade ele repôs o valor delas, isto é, as comprou. Aí o ponto. A ficção tem de ir até onde iria o caso verdadeiro: *Tantuni operatur fictio in easu ficto quantum ventas in casu vero.* Não pode não deve ir além. Se a doutrina e a jurisprudência francesas tomaram o art. 883 „do Código Civil francês e dele tiraram conseqüências como a de se reputar dono de todo prédio X, desde o início, somente A, não devemos nós acompanhá-las em **tão** ousada deformação. Principalmente porque o art. 681 não se presta a isso: chamou à eficácia *ex tune* declaratoriedade, e à eficácia *ex nune* a tributividade; se lhe damos a conseqüência de se considerar dono de Xa, *XÔ* e *Xc,* e não só de Xa, o ex-condômino A, então é que conferimos à partilha a mais desabusada das atributividades, e atributividade *no passado,* retroativa.

A cláusula de inalienabilidade que recai sobre todas as partes indivisas, ou sobre duas ou mais, de coisa indivisível, tem como conseqüência não cessar a comunhão, tal como se preve no art. 629, parágrafo único, e no art. 680. 0 art. 680 é cogente. Pergunta-se: , A cláusula de inalienabilidade, tratando-se de coisa indivisível, infringe o art. 629, parágrafo único, ou o art. 630? A resposta é negativa; porque não se vedou a sub-rogação por outra coisa, nem a divisão. Se a coisa é indivisível, a inalienabilidade de duas ou mais partes indivisas impõe a comunhão; mas dar-se-ia o mesmo se a cláusula só apanhasse uma das quotas. Entre o interesse da inalienabilidade e o da pretensão à cessação da comunhão prima aquele. Se a coisa é divisível, a cláusula de inalienabilidade impede a alienação, não, porém, a divisão.

CONCEPÇÃO ROMANA; CONCEPÇÃO FRANCESA. Isso, de si só, nos aconselha a não estarmos a repetir doutrina e jurisprudência estrangeiras que se teceram em velho direito estranho ao nosso e se cristalizou em torno de regra legal em que o nosso se inspirou porém não copiou.

(a)Concepção *romana* da partilha: Há entre os co-herdeiros *troca* da propriedade indivisa pela propriedade exclusiva. Cada um dos herdeiros entrega aos outros o que lhe pertencia em todos os outros

bens, exceto no bem ou bens que ficam no seu quinhão; e os outros concedem-lhe em troca o que cada um tinha no bem ou bens deixados, exceto no bem ou bens que lhes vão pertencer. Cada um sucede, pois, a todos os outros. Dá-se atribuição de propriedade, de modo que, em linguagem e técnica de hoje, a "sentença" de partilha, segundo a concepção romana, seria de efeito *ex nune.*

(b)Concepção *francesa* da partilha: Há entre os co-herdeiros simples declaração dos quinhões, desde ojue se operou a sucessão. Nota-se logo que só a *ficção* pode levar a essa pretendida explicação da partilha. Como ficção, pode ser metido dentro dela qualquer elemento que nos faça feição para colocar no passado o que *realmente* está no presente. Fala-se em efeito retroativo *(ex tunc),* fala-se em "declarar" (declaratividade). O Código Civil francês, art. 883, disse claramente o que pretendia: "Chaque cobéritier est censé avoir succedé seul et immédiatement à tous les effets compris dans son lot, ou à lui échus sur licitation, et n"avoir jamais eu la propriété des autres effets de la succession". Nenhum efeito declarativo. Ficção pura!

Quer se recorra ao mero artifício da condição suspensiva (C.DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon,* 23 ed., 17, 315), quer se jogue ao ar qualquer outra explicação a venturosa, só há ficção. E F. LAURENT *(Principes,* 10, 418) tinha toda a razão em adiantar que o poder (diríamos a violência) criado pela ficção, contrária à verdade, atesta a *verdade* do princípio romano. A ficção é tão chocante que, feita a partilha, no caso de ficarem em comum no mesmo bem todos os herdeiros, a sentença de partilha não tem efeito *nenhum!* Assiste-se mesmo a toda uma série de atos divisórios, *causa mortis* e *inter vivos,* até se chegar à propriedade exclusiva. Aliás, o efeito retroativo *(ex tune)* não é incompatível com as sentenças *constitutivas* e *executivas.* O efeito declarativo é que supõe"realidade jurídica" que se declara. Declaração retroativa é conceito que peca pela base: contém contradição *in adjecto,* porque se declara o que foi, ou o que é; declarar retroativa-mente seria admitir que se pudesse declarar o que foi, sem a eficácia declarativa. POTITIER falava de efeito "retroativo", a cada *conclusão* ou *divisão,* que se operava. Muito bem: efeito *ex tunc* da divisão. Quanto às conseqüências práticas, a primeira é a da resolução das hipotecas e foi isso que em 1569 suscitou a famosa concepção francesa, nascida mais tarde. No direito brasileiro, como no direito francês, o condômino em geral pode gravar a parte ideal (Código Civil, art. 623, III) ; portanto, a ficção é supérflua. Supérflua e perigosa, no caso de se tratar de hipoteca consentida por todos, sendo o bem, depois, partilhado a alguns ou a um só, como prova o tateamento da jurisprudência francesa e até a necessidade de lei especial, à maneira de alínea ao art. 2.125 do Código Civil Francês. No

direito marítimo, quanto à hipoteca, teve a França de derrogar a sua concepção. E é interessante observar-se que, ao ter-se dispensado a transcrição da partilha, os juristas franceses gritaram que, se não havia *alienação,* havia, pelo menos, *atribuição* (M. PLANIOL, *Traité,* 23 ed., III, 568), o que significa reconhecer-se a concepção romana. *Chassez le naturel...* A lei era, e é, coerente com o famoso efeito "declarativo". O Brasil e a Bélgica, que haviam copiado o direito francês, não tiveram cerimônias: puseram no altar o ídolo, mas confessaram que não criam nele, e mandaram *transcrever...* No terreno fiscal, o efeito não é mais feliz; nem os legisladores de imposto precisam dele.

Em verdade, a partilha não é atributiva, *causa mortis,* da propriedade: a aquisição *operou-se com a morte* (Código Civil, art. 1.572) ; nem essa questão tem qualquer coisa a ver com o art. 631 do Código Civil. O "efeito" da sentença de partilha é outra questão (art. 681). Se a ação de partilha entrasse na classe das ações declarativas, o processo teria a finalidade de declarar a existência ou inexistência de relação jurídica ou de alguma qualidade relevante para o direito. A habilitação de herdeiros, sim; a ação de partilha, de modo nenhum. Os seus maiores elementos são execução e constituição; os de declaração e condenação são mínimos. Fez bem o Código de Processo Civil em evitar a alusão à declaratividade, que aliás não estava nos velhos textos franceses, nem está no Código Civil francês. No estado atual do direito brasileiro, é ficção de direito material, de que façam bom proveito os juristas; o direito processual está livre dela. As ficções são perniciosas em ramo do direito em que precisam atuar, em seu exato sentido, conceitos fundamentais, como os de *incidência* e *aplicação* da lei.

"Cada consorte responde aos outros apelos frutos que percebeu da coisa comum, e pelo dano, que lhe causou" (Código Civil, art. 627). Cada condômino tem sobre a quota dos frutos direito próprio e não pode excedê-la (L.

25, pr., 13., *de usuris,* 22, 1). Responde pelo que percebeu e pertence ao outro ou aos outros. Se, com a sua atividade no colhê-los, ou guardá-los, lhe causa ou lhes causa dano, tem de ressarci-los.

A ação de divisão tende a tornar coisa cada parte indivisa, ou a transformar as partes indivisas em partes divisas.

Nela também se cumprem outras obrigações nascidas da comunhão, inclusive quanto à cessação dela. Sem existir comunhão *pro indiviso* não há pretensão à divisão, nem ação de divisão. Não importa se a comunhão é condomínio, ou não. Á composse pode produzir pretensão

e ação de divisão. Onde os direitos são de diferentes naturezas, não há comunhão; portanto, não há divisão. Se a coisa perece em parte, ou no todo, mas algum dos comuneiros tem obrigação oriunda da comunhão, ou se pede a divisão com esse elemento condenatório (L. 11, 13., *communi dividundo,* 10, 3), ou se se intenta a ação de prestação de contas (Código de Processo Civil, art. 302, V), ainda há o que justifique propor-se a ação *communi dividun do.* Após a divisão, não se pede cumprimento de obrigações pela ação *comnium dividundo:* não há cumulação com ação inexistente, com o *nada* de ação (L. 1, 13., *communi dividundo,* 10, 3).

A ação *cornrnuni dividundo* pode ser repetida: divide-se ABC em A e 13 C; depois, 1 f em B e C. A ação *familiae eretscundtie,* não: a partilha que deu A e BC não pode ser repetida; a ação para dividir BC é *coinmuni dividuiuk.*

Esses pontos são de alcance teórico e prático, para que se atenda ao direito processual, onde os ritos das ações costumam ser diferentes e podem ser diferentes os juizes competentes.

Quem recebe com outrem dois prédios em herança pode pedir *partilha,* pela ação *familiae erciscundae;* porém, ainda se substituem o título hereditário pelo de sociedade não-personificada, e depois cada um recebe um dos prédios, *partilharam,* fora do direito parental, não *dividiram* pela ação *communi dividundo.*

3. LITISCONSORTES. Os credores do condômino podem apresentar-se como assistentes (Código de Processo Civil, ar-ligo 93), se a sentença, que se vai proferir, pode influir na relação jurídica entre eles e o condômino devedor. Tal assistência não é estranha às operações divisionais, ou de indenização, porque pode haver fraude contra eles, como se o condômino aceita preço abaixo do valor da quota. Tal assistência os legitima à ação de rescisão da sentença que se profira; e justifica-se, justamente porque, proferida e transita em julgado, a ilegalidade ou a injustiça seria irreparável.

Os sucessores singulares dos condôminos são partes, se houve transcrição da transferência. Os sucessores a causa de morte são-no por força do art. 1.572. O cessionário da quota hereditária não é co-herdeiro e precisa da transcrição da cessão. Antes da transcrição é o herdeiro quem há de figurar. Também ha de figurar se só cedeu parte da quota hereditária, ainda que se tenha dado a transcrição. Se o herdeiro cedeu parte na casa que lhe vai ser partilhada, a cessão é de direito a coisa ainda não totalmente do cedente: o herdeiro e que e

comuneiro; o cessionário, não. Não é parte; pode ser assistente segundo o art. 93 do Código de Processo Civil.

Os que adquiriram direito real limitado sobre a coisa conjunta (e. g., usufruto) são sucessores dos condôminos, ou o condomínio já se constituíra destrato o usufruto, o uso ou a habitação, ou a renda constituída sobre o imóvel.

Tal titular de direito real limitado pode ser assistente, não é litisconsorte necessário, como seria o titular de direito sobre a quota. O locatário de quota é litisconsorte, porque a divisão não divide só a propriedade, divide a posse. Ê

lítísconsorte voluntário, no sentido do art. 88 do Código de Processo Civil, não indispensável, mas irrecusável.

O credor hipotecário, como o credor pignoráticio, é litisconsorte necessário, se bem que não tenha o uso da coisa hipotecada. Se o credor hipotecário não foi chamado, a divisão é, para ele, ineficaz. -

Enquanto a divisão não termina, os litisconsortes e os assistentes podem comparecer. Os princípios regem a validade do processo e a eficácia das decisões pertencem ao direito processual.

A litisconsorciação é inscritível, bem assim a assistência, de acordo com o art. 178, a), VII, do Decreto n. 4.257, de 9 de novembro de 1989. Só é eficaz a inscrição antes de ser transcrito o negócio jurídico de cessação da comunhão, ou do trânsito em julgado da sentença; depois do trânsito em julgado da sentença entre as partes, o litisconsorte pode recorrer, ou, se não foi intimado da sentença, exercer a *ação declaratória de ineficácia relativa,* por que, para ele, não teve efeito de coisa julgada a sentença. É preciso evitarem-se soluções que só dizem respeito a outros sistemas jurídicos.

Se algum credor inscreveu o seu crédito hipotecário antes de ter sido transcrito o negócio jurídico de divisão, ou a sentença de cessação da comunhão, a sentença não é nula, por ter sido intempestiva a transcrição, mas é sem eficácia real no tocante ao crédito hipotecário antes inscrito. Diga-

-se o mesmo a respeito de outros direitos reais. Há ineficácia relativa (Tomo IV, § 373 e V, § 532; ef. G.

PAVANINI, *II Litisconsorzio nU giudizi divisori,* 139; E. Minou, *Contributo alia Teoria dei Giudizio divisorio,* 189). Impõe-se nova

divisão, que se faz a expensas das partes, e não do que reclama contra a sentença, pois esse somente paga o que concerne à sua reclamação em si mesma.

4.DiREiTos REAIS LIMITADOS. Com a divisão cessa a compropriedade. Os direitos reais limitados que recaíam sobre a parte indivisa recaem sobre a porção, tornada *res,* que se atribuiu ao que deixou de ser condômino. Se tal porção, tornada *res,* foi atribuida a dois condôminos, continuam de recair sobre a porção, *pra parte,* os direitos reais limitados que recaíam sobre as partes indivisas, já agora em quinhões diferentes. Passa-se o mesmo quanto à divisão negocial. O negócio jurídico divisório é constitutivo, com certa carga de declaratívidade; mas constitutivo (cf. 1\4. GTORGIANNT, *Ii* Negozio *di aceertamento,* 53 s.; S. PUGLIATTI, *La Trascrizione immobiliare,* 1, 79). A execução dele é que contém a carga de executividade que faz ser executiva a sentença de divisão. Os direitos reais limitados não são atingidos, porque, ao invés de partes indivisas, há partes divisas tornadas *res.* Se o direito real limitado era sobre toda a coisa, a incidência é sobre todas as novas *res* que foram feitas das partes. De ordinário, é o que ocorre com as servidões, mas pode dar-se que a servidão se restrinja a parte que se tornou *res* ou a parte integrante de comunhão menor. Quanto aos direitos reais limitados em comunhão, deles tratamos a respeito de cada um dos institutos (co-usufruto, co-uso, co-habitação).

5.FRUTOS. Os frutos percebidos durante a comunhão n~o se restituem, ainda se se trata de condômino que deixa de ter propriedade na coisa. A constitutividade da divisão ressalta, nesse caso. Cessada a comunhão, o condômino não é mais proprietário da coisa; se lhe deram parte da coisa, tornada *res,* sim. Porém, ainda se houve divisão da coisa e ele recebeu quinhão, os frutos que percebe podem não ser em igual porção, ou, sequer, os mesmos *(e.* g., na fazenda havia gado e plantações e ele recebeu a parte em que há pasto). O caso do condômino que recebe parte divisa, tornada coisa, foi o que mais concorreu para os sustentadores da declarativídade, *em* sentido técnico, da divisão; mas é de ver-se que por uma só espécie se pretendeu explicar todo o fato jurídico, em sua grande riqueza de espécies. Dizer-se que a eficácia *ex tuij* é simples conseqüência da natureza declarativa de negócio jurídico divisório ou da sentença de divisão peca em dois pontos, pelo menos: a) se a sentença, ou o negócio jurídico, é constitutivo e a sua normal eficácia é *ex muc,* não quer dizer que faça tábua rasa do passado, apenas decide ou estabelece que da data da eficácia do negócio divisório ou da sentença

de divisão não mais há a comunhão, porém de modo nenhum isso implica que não tenha existido, com os seus efeitos; b) se, desconstituída a comunhão, o negócio divisório ou a sentença divisória declarou que comunhão havia, apenas o fez para aludir ao passado) como a sentença de suplementação de idade, tornando capaz o menor, após os dezoito anos, declara que ele já fizera dezoito anos, ou como a sentença de anulação do casamento se refere à existência do casamento.

Se a posse *ad usucapionem* da *pars indivisa* não chega a completar o tempo para se dar a usucapião e sobrevém a cessação da comunhão, o negócio jurídico divisório ou a sentença divisória não transforma em posse de parte divisa a posse de parte indivisa: o possuidor *pra usucapionem* continua de compossuir, porque toda a desconstituição foi no plano do direito de propriedade; e a posse da parte divisa tornada *res* é fato novo, que pode ocorrer ou n&o: o passado lá está; e lá fica.

No art. 631, □

2 a parte, diz-se que a propriedade "poderá" ser julgada, preliminarmente, no mesmo processo. Antes se dissera que a diviso não é atributiva de propriedade; entenda-se: não declara, nem atribui propriedade, porque apenas divide. Agora, com a proposição do art. 681, 23 parte, permite-se o *petitum* sobre declaração da propriedade. Ve-se, claramente, quanta palavra imprópria empregou o legislador: devendo exprimir que a sentença de divisio ou o negócio jurídico divisório supõe propriedade, se bem que apenas divida, disse que a eficácia da divisão é declarativa, portanto *ex tune;* devendo exprimir que a sentença de divisão ou o negócio jurídico divisório não atribuiu propriedade (= não dá propriedade a quem não a tem), pois que só dividiu supondo que propriedade havia, não se deu conta de que os dissera "declarativos"; ao ter de admitir a *quaestio praevia* da propriedade, inseriu impenitente "entretanto", que poderia dar a entender que se iam abrir portas a eficácia constitutiva da propriedade, quando o que fêz e estava no propósito de fazer foi permitir a questão prévia da declaração da relação jurídica de propriedade.

No negócio jurídico divisório há, implícita ou explícita, a alusão à relação jurídica de compropriedade, pois não há necessariamente a declaração da relação jurídica de compropriedade, tanto que pode ser pendente a lide sobre a propriedade *(e.* g., A demanda com a afirmação de ser dona de toda a coisa, B e C dizem-se comuneiros; dividem, porém, a posse, pendente a lide, por ser interesse de todos).

Na decisão em juízo divisório, há aquela alusão implícita, ou explícita, à compropriedade, porém sem se *declarar* a relação jurídica de propriedade, salvo e é isso o que introduz o art. 631, 23 parte se pedir, como questão prévia, a declaração de propriedade. Então, o juiz, antes de julgar a divisão, julga a declaratória da relação jurídica de compropriedade, passando, em caso de afirmação, ao julgamento da divisão, *resto do mérito.*

6.CESSAÇÃO DÁ COMUNHÃO E USUCAPIÃO. No artigo 558 diz-se que as causas que suspendem, ou interrompem a prescrição, também alcançam a usucapião. Se o bem está em compropriedade e terceiro o possui *ad usucapionem,* mas esse terceiro é titular do pátrio poder (art. 168, Iii, tutor ou curador (art. 168, III) do condômino, e ocorre a cessação da comunhão antes de ter o possuidor usucapido as partes indivisas pertencentes aos outros condôminos, não usucape mais se toda a coisa foi atribuida ao incapaz; porque só após a cessação da incapacidade poderia iniciar-se a contagem. Se, porém, foi atribuida ao incapaz parte divisa, tornada coisa, correspondente à parte indivisa que Me tinha, ou maior, a usucapião pode ter-se dado, ou vir a dar-se, quanto ao resto que não pertencia nem pertence ao incapaz. Se foi atribuída parte divisa, tornada coisa, menor do que a parte indivisa que o incapaz tinha, a usucapião somente se opera quanto às partes indivisas que não pertenciam a ele e sobre o restante da parte indivisa do inéapaz, que não lhe foi atribuido, pode começar de ser contado o tempo para a posse ad *usucapionenv* pelo que possui toda a coisa. Se toda a coisa foi atribuida a outrem, a usucapião só se opera quanto às partes indivisas que nio pertenciam ao incapaz, porque sobre a parte desse somente se pode ter iniciado o tempo para posse *ad usucapionem.* O que se disse quanto ao titular do pátrio poder, tutela ou curatela e o incapaz também se há de entender quanto: a) aos cônjuges (art. 168, 1) l O às pessoas a que se refere o art. 168, III, o que torna assaz encontrável a espécie; e) aos absolutamente incapazes, ainda que não se trate de possuidor titular do pátrio poder, tutela ou curatela (art. 169, 1); *d)* quanto aos ausentes da Brasil em serviço público da União, dos Estados-membros ou dos Municípios (ad. 169, II); e) contra os que se acharem servindo à armada, à aeronáutica, e ao exército nacionais, em tempo de guerra (art. 169, III).

Figure-se agora que a pessoa mencionada num dos meios do ad. 168 é titular de servidão que recai em prédio pertencente, *pro parte, à* pessoa a respeito da qual se pré-exclui o correr da prescrição. Durante dez anos (art. 710, III) a servidão não é usada. Nem por isso se há de pensar em se dar extinção da servidão a favor do prédio comum, porque o uso tinha de ser pela outra pessoa e só se tem de

responsabilizar tal pessoa pela ato negativo.

Se, antes de se completarem os dez anos, a coisa toda é atribuida aos outros condôminos, excluída, pois, a pessoa que teria de usá-la, a contagem do decênio continua; se é atribuida à pessoa protegida pelo art. 168, não, não correu, antes, o tempo, e somente começaria de correr após a cessação da causa mencionada no art. 168.

Se a pessoa que se protege no art. 168 é que é condômino do prédio dominante e o outro prédio pertence à outra pessoa, pode acontecer: a) que, *manente communione,* não seja usada durante dez anos a servidão, e à cessação da comunhão o prédio dominante seja atribuído todo a condômino n~o protegido pelo art. 168, ou a alguns dos condôminos ou, a todos os condôminos não protegidos ~pe]o ad. 168; b) que, passados os dez anos, o prédio dominante seja atribuido à pessoa protegida pelo art. 168; *c)* que, antes de corridos os dez anos, o prédio dominante seja atribuido a pessoa ou pessoas, condôminos, não protegidos pelo art. 168; *d)* que, antes de corridos os dez anos, o prédio dominante seja atribuido à pessoa protegida pelo artigo 168. Na espécie a), a usucapião se deu, não porque a divisão seja declarativa, como se tem insinuado, mas porque o não-uso foi *de todos,* e não está em causa a pessoa contra quem se protege o condômino. Na espécie 6), o prazo extintivo não correu contra a pessoa protegida. Na espécie o), o tempo continua de correr a favor do adjudicatário ou dos condôminos adjudicatários. Na espécie *d),* não correu o prazo e somente se inicia quando cessar a causa de proteção à pessoa mencionada no ad. 168.139 a ser atribuida a outro condômino, ou a outros, foram atos praticados pela pessoa que é proprietário *no parte,* tiveram sua eficácia e aproveitam a quem venha a ser dono da quota ou da coisa. Não se tire dai argumento a favor da declaratividade da divisão, nem contra. A sentença constitutiva ou o negócio jurídico divisório não apaga o passado e a declaratividade é que apontaria anomalia em ter-se o passado de outrem como vivido pelo adjudicatário.

8. EVICÇIO. A evicção pode dar-se entre condôminos, como entre herdeiros (art. 1.802-1.804), por força do art.

641. Se a divisão fosse apenas declarativa, seria assaz difícil explicar-se a evicção entre herdeiros ou entre condôminos (O.SCADUTO, *Codice Civile, Proprietá, Commentario* de MARIANO D"AMELIO, 899; sem razão, A. Cxcu, *La Divisione ereditaria,* 119 s.).

A parte divisa, tornada *res,* foi dada ao herdeiro B, e ocorreu a evicção do bem. E tem ação contra a outro condômino, porque recebera mais do que era a *paras indivisa* e repusera; pois a perda da coisa há de pesar, em proporção aos quinhões. Se há ação contra o autor da transmissão e pode ser chamado à responsabilidade, cada condômino é legitimado na medida do quinhão que lhe caberia na coisa.

7.ATOS DE CONSERVACÃO E ATOS ÚTEIS. Os atos de conservação e úteis à comunhão que o condômino (ou o co-herdeiro) pratica *manente communione,* embora venha a coisa NOÇÃO E NOME DA COMUNHãO "PRO DIVISO"

1.303. Noção de comunhão "pro diviso"

1.COMUNHÃO E RELAÇÃO OBRIGACIONAL; RELAÇÃO OBRIGACIONAL NÃO AUTÔNOMA. Já falamos na Parte 17 V da comunhão *pro indiviso* e da comunhão p *ro diviso.* Os princípios daquela ainda vão ser usados ao tratarmos dessas, porque o fato e a relação de comunhão são de uma e outra e porque, convém 1 risar-se, ainda há campo, na comunhão *pro diviso,* em que aqueles princípios incidem integralmente ou ligeiramente atenuados, o campo do que, a despeito da divisão, permanece indiviso. Sempre que se põe em comum a coisa, ou a sua posse, surgem relações obrigacionais. Porém a comunhão como tal não é *relação obrigaciono el autônomo-,* quer dizer a comunhão, só por si, não se forma sempre no terreno do direito das obrigações: ou vem do direito de família, como se dá com o regime de bens entre cônjuges, ou do direito das coisas, qual sucede com os condôminos dos bens imóveis ou móveis, ou do direito das sucessões, tal como ocorre nas heranças ou entre colegatários do mesmo bem, ou do direito público. As relações obrigacionais que se estabelecem entre comuneiros são, pois, *relações obrigacionais não autonomas,* como o é a própria relação de comunhão (O. VON

GInKE, *Deutsches Privatrecht,* 11711, 1025). Por isso mesmo, princípios de direito das obrigações incidem, mas a relação obrigacional a que se prende a comunhão é que decide. Se essa relação autônoma nasceu no direito das obrigações, então sim; princípios fundamentais e princípios especiais de direito das obrigações dominam *(e.g.,* sociedade, parceria, sindicato).

2.COMUNHÃO "NÃO DIVISO": COMUNHÃO E DIVISÃO. A comunhão *pra divisa* alude a comunhão e, pois, a uma relação de comunhão, que não é obrigacional pura, pois depende de outra, que lhe é causa, e a

outra relação, que é a de separação ou divisão. Um dos erros que costumam cometer, desde logo, alguns escritores consiste em tomar como sinônimos „comunhão" e "indivisão": nem toda comunhão faz indivisão, nem vice-versa, porque não há comunhão no indiviso de alguns terrenos que ainda se vão demarcar, nem há indivisão na colheita em que todos sabem o quanto vão colher e somente põem em comum o trabalho. Outro é não distinguirem a divisão do todo e a divisão da parte: o edifício de apartamentos compõe-se de partes integrantes divisas e partes integrantes indivisas. De modo que comunhão *pra divisa* é apenas abreviação, como veremos, de "comunhão no terreno e nas partes indivisas do edifício e mais dependências, e não-comunhão nas partes *pra divisa".* A copulativa aí, soma, não *qualifica.* Não há a antinomia da "comunhão não comum", como se traduziria comunhão *pra divisa,* e sim comunhão *ao lada* de não-comunhão.

Temos de prestar toda atenção a que o dono do apartamento pode: a) ter *pars dominica* em partes do edifício, ou do terreno, que usa em comum, ou de que não tem uso (e. g., o dono do andar ou apartamento térreo em relação ao ascesor), razão por que não está sujeito às despesas do uso ou para reparação de danos causados pelo uso; *b)* ter uso exclusivo (uso *pra parte)* em partes comuns; *c)* ter parte de uso em comum com alguns outros comuneiros em partes comuns, em que outros não têm uso; *á)* ter parte de uso em partes divisas *(e. g.,* o dono do apartamento mais alto, a que pertence o terraço, cedeu o uso *pra parte* a outro ou outros comuneiros) ; *e)* ter uso exclusivo em parte divisa de outrem *(e. g.,* alugou, ou, segundo os princípios, o dono constituiu direito de uso ou de habitação em parte integrante da parte divisa). Quando se fala de parte indivisa estende-se a *pars dominica,* salvo explicitação.

§ 1.304. Nome para a comunhão "pro diviso"

1.COMPROPRIEDADE E COMUNHÃO "PRO DIVISO"; "UTILITAS" E "MERA SUBTILITAS". A comunhão *pra divisa* não é, em toda a extensão, compropriedade: entre prédios contíguos, ou próximos, há algo de comum *(e.* g., paredes-meias, muros) e essa compropriedade acidental é mínima, em relação aos domínios isolados; na comunhão *pra divisa,* essa compropriedade acidental, mas inalienável, cresce, sem deixar de ser

"integrante". O que mais ressalta, por ter vindo adaptar o direito, a *mera subtilitas,* o rigor lógico, à vida, à *utilitas,* é a divisão de algumas partes particularizando o indiviso, porém não principalizando o

diviso. Alguns juristas descuidosos do rigor de conceituação (e mais juizes que juristas) falam de condomínio de apartamentos *(e.* g., P. POIRIER), o que é absurdo. Entre nós, CARLOS MAXIMILIANO *(Condomínio,* 95) intitulou a parte do livro, que fala da comunhão *pra divisa* de apartamentos, "condomínio relativo", expressão infeliz, porque o domínio dos apartamentos não é mais relativo do que o das casas em meio de jardim, nem o condomínio, no sentido próprio, é domínio absoluto.

Se desagradasse a proximidade de palavras latinas (e já se não justifica tê-las como latinas: *pro indivisa* e *pra divisa* são, hoje, como outrora, expressões vulgares), poder-se-ia dizer comunhão divisa, à semelhança de comunhão indivisa. Mas, em verdade, mais acertado é conservarmos as expressões clássicas: comunhão *pra divisa,* comunhão *pro indivisa;* porque não é a comunhão que é divisa, ou indivisa; o que é diviso é exatamente onde se *excetua* a comunhão e comunhão *pro indivisa* refere-se a comunhão de tudo.

Em sentido largo, comunhão *pra divisa* pode haver sem o domínio comum: ser comum o uso, o fruto, ou algum serviço. Ou ser comum a posse de certas coisas e divisa a de outras, desde que essas coisas se liguem entre si.

2. DENOMINAÇÕES PROPOSTAS. As longas denominações "compropriedade de edifícios de apartamentos",

"compropriedade de casas por andares", "condomínio de apartamentos", "edifício de apartamentos em condomínio", são expressões que designam outra coisa que a comunhão *pro divisa* em edifícios de apartamentos, ou de andares. Devemos evitá-las. Se A, B e C compram edifício de apartamentos (A a metade, B, um sexto, C

dois sextos), há o que aquelas expressões apontam, e não há comunhão *pra divisa* em edifício de apartamentos.

Toda ciência tem de começar por exigir à sua terminologia exatidão e precisão. Não se pode chamar chapéu ao sapato, nem sapato ao chapéu.

3.COMUNHÃO "PRO DIVISO" EM EDIFíCIOS DE APARTAMENTOS. Para a comunhão *pra divisa* em edifícios de apartamentos por andares ou não a língua não tem nome breve, e seria difícil formá-lo. A "casa de apartamentos" ou "edifício de apartamentos" pode ser em comunhão *pra divisa* ou *pro indiviso;* mais: pode ser em comunhão, ou não no ser.

Oque importa é conhecer-se bem a categoria jurídica, distinguirem-se as espécies de comunhão *pra divisa* em edifício de apartamentos: a) comunhão *pra divisa* em edifício de apartamentos: a) comunhão *pra divisa* em edifício de apartamentos de um só andar; b) comunhão *pra divisa* em edifício de apartamentos de dois ou mais andares, mas feito com material combustível; o) comunhão *pra divisa* em edifício de apartamentos de dois ou mais andares, com observancia da legislação especial; *d)* a comunhão *pra divisa,* se não é em apartamentos de três peças, *e. g.,* a divisão é por andares e cada apartamento só tem duas peças, como se A, B e C são donos do terreno e dos andares e a divisão é para hospedaria, ou hotel, ou casa de saúde. Tem-se de saber qual o regime jurídico de cada uma delas. Principalmente, é preciso acentuarem-se as diferenças entre a solução de cada questão na comunhão *pra divisa* e na comunhão *pra divisa,* ou em duas ou mais espécies de comunhão *pra divisa.*

§ 1.805. Objeto da comunhão "pro diviso"

1.DIREITO BRASILEIRO E COMUNHÃO "PRO DIVISO". Antes de perguntarmos se o direito brasileiro conhece a comunhão *pra divisa* de terrenos, a de prédios de um só andar, a de prédios de dois andares ou mais andares, fora das exigências de incombustibilidade do material ou da divisão em apartamentos de três peças, e a de prédios de dois ou mais andares segundo a legislação especial, vejamos qual pode ser, a *priori* o objeto da comunhão *pra divisa.* Já dissemos que a relação de comunhão não é livre; depende de relação jurídica básica que nasceu no direito de família, ou no direito das coisas, ou no direito das sucessões, ou no dúeto das obrigações, ou no direito público. O ramo do direito onde se constituiu a comunhão é que *decide.*

2.DOMÍNIO, USUFRUTO, USO, HABITAÇÃO. A comunhão *pra divisa* pode recair somente sobre o domínio, e não sobre o uso, nem sobre o fruto; somente sobre o usufruto, ou sobre o uso, ou somente sobre a habitação, ou somente sobre parte do uso ou do fruto ou da habitação. São suscetíveis de ser objeto de comunhão *pra divisa* quaisquer bens, desde que pelo menos o fruto seja divisível, e o fruto, redutível a dinheiro, sempre o é. O bem indivisível material e juridicamente, mas material e juridicamente divisível na sua utilização, pode ser objeto de comunhão *pro diviso.*

A coexistência de propriedades superpostas ou algumas superpostas e outras no mesmo plano faz surgirem limites ao uso da coisa, sem que

se trate de conseqüências da comunhão (as partes usadas individualmente são comuns) ; mas há partes comuns, que são suficientes para que a noção de comunhão seja a cada momento invocada. No direito brasileiro, há partes comuns necessárias, isto é, partes que são, necessariamente, indivisas e seriam ineliminâveis na categoria jurídica do edifício de apartamentos.

Quando as partes não são necessariamente comuns, o comuneiro pode ceder a quota a outro comuneiro, alguns ou todos menos um cederem a outros, ou a um. Com isso, a parte indivisa entre A, B, O e D passa a ser indivisa entre A, B e O, ou A e B, ou a B e e. Não há, no sistema jurídico brasileiro, a renúncia às partes, que se admitiu e regulou no direito italiano (art. 1.118). Só há a renúncia do art. 589, II. § 1306. Comunhão “pro diviso” e categorias jurídicas

1.JUNÇÃO DA COMUNHÃO E DA NÃO COMUNHÃO NAS DIFERENTES LEGISLAÇÕES. LABEXO, POMPONIO E ULPIANO. DIREITO E VIDA. As legislações nem sempre admitem que se juntem comunhão e não-comunhão se a imagem do objeto é *una.* De modo que, às vêzes, ainda onde essa imagem perde a unidade, aquele rigor lógico, *mera subtilitas,* a que se referiam LABEXO, POMPÚNIO (L. 32, § 2, *O., de usurpatianibus et usucapianibus,* 41, 3) e ULPIANO (L. 3, § 1, D., *de adimendis vel transferendis legatis vel fideicammissis,* 34, 4), não deixa que se atenda à *utilitas.* Fica o direito aquém da dúvida. Isso não quer dizer que o direito deva sempre transformar em categorias jurídicas relações inter-humanas que encontre, ou que tenha de ser como gravador de discos, tornando regras jurídicas todos os usos e costumes que encontre. Faltaria à sua função de *eticizador* e de *planificadar* da vida.

2.PROBLEMA DE POLÍTICA JURÍDICA. A pergunta „t Deve ser feita a lei que regule (ou crie e regule) a comunhão *pra divisa* nos edifícios de apartamentos *?“* é pergunta de política jurídica. As outras “ Tinha o direito romano a comunhão *pro diviso* de fundos não-edificados ou só tinha a de fundos edificados?”, “ Tem o direito brasileiro a comunhão *pra divisa* cru edifícios de um só pavimento, ou horizontal, ou somente tem a de dois ou mais *?“,* são perguntas, respectivamente, de direito romano e de direito brasileiro. As perguntas “ Que é parte integrante e que é pertença?”; “Que é indivisibilidade natural e que é indivisibilidade jurídica?”, “Que. é parede-meia?”, “Que é uso comum?”, são perguntas de ciência jurídica.

§ 1.307. Ainda o nome

1.NOMES PROPOSTOS. À comunhão *pra divisa* tem-se chamado "comunhão sem indivisão", "divisão com obrigações recíprocas", etc. Nenhum desses nomes basta para se lhe revelar o conteúdo conceptual. Já o dissemos. Verdade é, porém, que a própria expressão *pars divisa,* ou parte *pra divisa, é* menos contraditória do que parece. O quintal A e o terreno A, que dividimos, sem abstrairmos de todo da ligação entre eles, isto é, entre o quintal A e o terreno A, continua a ser do todo, a despeito de estarem divisas as partes. Há toda uma escala entre o quintal sem cercas interiores, ou o terreno sem traços ou marcos que o dividam, e aquele momento em que o

"lote" dos terrenos nada mais tem com os terrenos, momento em que não há mais quintal, ou há quintal menor (a outra "parte" se separou, está talvez construída), ou não há mais o terreno A.

2.ESCALA DE ELEMENTOS COMUNS DESDE A COMUNHÃO "PRO DIVISO" ATÉ À PAREDE-MEIA.

No meio da escala está a comunhão *pro indivisa,* em que os condôminos acordaram em que cada um tivesse, distinta, localizada, a parte, embora a título provisóriO. Depois vem aquele grau da escala em que se estipula *a preferência* de cada um sobre essa parte, quando se dividir material e juridicamente, a título definitivo, a coisa.

Porém há outros graus em que se vê como zona cinzenta entre claro da divisão e escuro da indivisão; por exemplo: a parede-meia, em que a linha divisória passa no meio e ela permanece a mesma parede. Teremos ensejo de falar dessa figura que os nossos maiores chamavam "panes communis pro diviso", e outros aludiam à

"metade divisa na parede comum", sem entrarem na análise da juridicidade dessa comunhão.

A propriedade de andares, sendo unidade o andar, é propriedade de edifício, que se divide, verticalmente, em planos; verticalmente, a de edifício em dois ou mais andares, sendo unidade o andar apartamento, e horizontalmente, se há mais de um apartamento por andar. Um dos princípios fundamentais em direito imobiliário é que tudo que se constrói sobre o solo se considera propriedade exclusiva do proprietário do terreno, ainda se o construiu outra pessoa com materiais seus, ou de outrem. No direito brasileiro, não há exceção ao princípio, ainda para o caso da propriedade dos apartamentos ou andares; porque é preciso, sempre, que à propriedade do apartamento, ou andar, sirva de cerne, de base, porção de terreno, ainda que em

quota pequena. Não se tem no sistema jurídico brasileiro a chamada propriedade superficácia.

§ 1.308. Direito grego e grego

1.TEXTOS DOS PAPIROS. COMUNHÃO "PRO DIVISO" DE SOLO EDIFICADO. A comunhão *pra divisa* era assaz usada no direito grego e no direito grego-egípcio. Os textos de papiros referem-se a comunhão *pra divisa* em solo edificado, ou em solo não-edificado, ou à atinente a direitos. As partes não eram partes ideais, mas reais, *lacalizadas;* e havia-as em cortes horizontais e em cortes verticais. A assinação vertical encontra-

-se em toda a antiguidade e era freqüente no direito grego (PAPPULIAS, Zur Geschichte der Superfícies und des Stockwerkeigentums, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung,* 27, 263-364). Enquanto E HÓLDER *(Pandelcten,* 149) assegurava que não se devia, no direito romano, admitir a *cammunia pra divisa* de solo inedificado (E. 6, § 1, O., *cammvnia praediarum tam urbanarum quam rusticarum,* 8, 4), porque, então, toda parte não é parte do fundo, mas fundo (plane si divisit fundum regionibus et sic partem tradidit pro diviso, potest alterutri servitutem imponere, quia non est pars fundi, sed fundus), os papiros referem-se, abertamente, a comunhões *pra divisa* de solo inedificado. Havia vendas e hipotecas de parte~ divisas (olivais, vinhedos), tal como se se vendessem ou hipotecassem fundos. Veremos que E. HÓLDER não tinha razão.

No papiro de Magdola, que é do século III antes de Cristo, encontra-se a comunhão *pra divisa,* bem caracterizada, do próprio direito de construir.

2.DIREITOS DO COMUNEIRO. No direito grego-egípcio, o dono da parte divisa tinha direito tão pleno e exclusivo da sua quota quanto teria é dono único do prédio ou do fundo inedificado. Podia aliená-la, gravá-la de ônus real, alugá-la, etc. As suas pretensões e as suas ações eram as mesmas do proprietário único. Pelos tributos e também pelas despesas respondia como se a parte divisa fosse todo único.

§ 1.309. Direito romano e comunhão "pro diviso"

1.O DIREITO ROMANO TINHA TAL COMUNHÃO. TEXTOS QUE O ATESTAM. O direito romano tinha a comunhão *pro diviso.* Se essa

podia recair em terreno não-edificado, discutiremos adiante. A nossa resposta é afirmativa.

Na L. 8, fl, *de rei vindicatiane,* 6, 1 ("si certis regionibus possideatis eum fundum"), porém não na L. 6, § 1, O., *eommunza praediarum tam urbanarum quam rusticarum,* 8, 4 ("... et sic partem tradidit pro diviso"), há *cammunia pra divisa.*

2.DIVISÃO E MULTIPLICAÇÃO. Com a divisão da coisa, de regra a relação jurídica passa do todo às partes, de modo que se multiplica: se divido o terreno, o que se faz pondo marcos, Ou descrevendo-se onde se hão de traçar as linhas, sobre cada pedaço, que se faz terreno sozinho, tenho direito de propriedade; isto é, há tantas relações jurídicas de propriedade quantos são os terrenos. Se a coisa é só em parte divisível e as porções divisas podem continuar como partes integrantes da coisa, sobre o resto há de haver comunhão, para que se mantenha a unidade da coisa, a despeito da natural divisão em parte. Dentro desses enunciados é que se pode construir a comunhão *pra divisa* do direito romano.

§ 1310. Comunhão "pro diviso" no direito brasileiro

1.ORDENAÇÕES FILIPINAS, LIVRO 1, TÍTULO 68, § 34. . No direito luso-brasileiro e no direito brasileiro até o Código Civil, tivemos a permissão da comunhão *pra divisa.* As Ordenações Filipinas, Livro 1, Título 68, §

34, diziam: "E se uma casa for de dois senhorios, de maneira que de um deles seja o sótão, e de outro o sobrado, não poderá aquele, cujo for o sobrado, fazer janela sobre o portal daquele, cujo for o sótão, ou loja, nem outro edifício algum -

Tanto TEIXEIRA DE FREITAS *(Consolidação das Leis Civis,* art. 946) quanto CARLOS DE CARVALHO

(Nova Consolidação, art. 612) inseriram a regra em suas Consolidações.

2.O PROBLEMA DA COMUNHÃO "PRO DIVISO" NO CÓDIGO CIVIL. Com o Código Civil, os juristas entenderam que havia cessado a permissão. Não faltou até quem invocasse o *Super! icies sala cedil* e o *Á*

edifieiurn sala oedit ei jus sala sequitur. Verdade é, porém, que à estrutura do Código Civil não repugnava a construção jurídica da

comunhão *pra divisa,* com a porção maior *dividida e* a porção menor *indivisa.* Muito diferente fora a situação na Alemanha onde o Código Civil, § 1.014, estatuíra: "A restrição *(Beschrdnkung)* do direito de propriedade a uma parte de um edifício, particularmente a um só andar, é inadmissível". O art. 182 da Lei de Introdução acrescentou, em regra de direito intertemporal: "A propriedade de andar, existente no momento de entrar em vigor o Código Civil, continua de existir. A relação jurídica dos participantes entre si determina-se segundo as leis anteriores"- car a *communio pra divisa* com a categoria jurídica da *superficie,* direito que, entre os Romanos, nasceu no direito público e do *interdiotum de superficiebus;* portanto houve a ação antes do direito subjetivo privado. Pelo interdito discutia-se quem fosse, entre dois ou mais, o verdadeiro superficiário. Depois apareceu *actio in rem utitis* do superficiário contra o possuidor da coisa, ou contra o proprietário do fundo, que lhe ofendesse a posse. Percebe-se fAcilmente a evolução no sentido de se tornar direito real: direito, herdável e alienável, de ter edifício, perpetuamente, em solo de outrem. No direito comum, admitiu-se o direito de superfície sobre edifício já existente ou a ser construído. Mas a assimilação da comunhão *pra divisa à* superfície não explicaria todas as particularidades daquela, inclusive a comunhão mesma: o superficiário não é participe, não é comuneiro, não é um igual; e a concepção da comunhão *pra divisa,* como feixe de direitos de superfície de cada um dos condôminos quanto aos outros, complicaria a figura; e não daria conta da situação dos comuneiros do último andar, nem dos comuneiros do primeiro. Demais, o cânon, *solarium,* pago pelo superficiário, destoaria do direito autônomo dos comuneiros na comunhão *pra divisa.*

3.TENTATIVA DE EXPLITAÇÃO PELA SERVIDÃO. Também a servidão não a poderia explicar, embora os Romanos tivessem recorrido a essa figura jurídica, peados, que estavam, com os seus princípios. Nenhuma superioridade se estabelece entre os donos dos apartamentos dos andares de cima, em relação aos de baixo; e o princípio de maioria nas deliberações inspira-se no fato de serem iguais os comuneiros, podendo acontecer que o dono do apartamento de cima tenha voto menor que o do apartamento de baixo (valor das partes divisas), ou vice-

-versa. Presume-se, porém, a *igualdade* de voto.

Na comunhão *pra divisa,* abstrai-se de toda desigualdade que se funde na fatalidade das posições, de modo que não se pode pensar em prédio dominante e prédio serviente. verdade que, ainda na comunhão *pra divisa* de edifício de mais de um andar, ou de um só andar, também

ocorre constituir-se servidão entre um apartamento e outro; porém isso só se passa *fora. da comunhão,* em plano jurídico em que se não leva em conta a comunhão *pra divisa (e.* g., se o dono do apartamento

A compra ao dono do apartamento B o direito de descer pela escada que esse tem a mais dos outros).

Exatamente as partes do edifício de que se servem os comuneiros, donos dos apartamentos, são comuns, sem se ter de invocar o * *Nuili res sua servii* L. 26, D., *de servitutibus praediorum urbanarum,* 8, 2).

4.TENTATIVA DE EXPLICAÇÃO PELO USUFRUTO OU POR OUTRO DIREITO REAL. Mais arbitrário ainda seria querer-se explicar a comunhão *pra divisa* pelo usufruto, ou outro direito real. A é comunhão pode ser quanto ao uso e quanto ao fruto, ou semente quanto a um desses; porém a mais notável e a que nos interessa é exatamente a comunhão *pro divisa* do domínio e essa é inconfundível com a comunhão *pra divisa* do uso ou do fruto.

5.COMUNHÃO "PRO DIVISO" E SOCIEDADE. A comunhão *pro divisa* não é sociedade, ainda que possa haver sociedade que estabeleça comunhão *pra divisa* de uso do prédio, ou sociedade para administrar o edifício de apartamentos. Nenhuma consideração de afeto, *affectia,* entra na comunhão *pra divisa* dos edifícios de apartamentos, ainda quando se haja construído o edifício, ou sé haja comprado, para que os apartamentos pertencessem aos membros de uma família. Salvo o caso de cláusula de inalienabilidade posta pelo doador, ou pelo testador, de que os comuneiros houveram o apartamento, nada impede que o dono do apartamento o aliene.

Outro meio de assegurar a indivisão, é deixar a propriedade em usufruto ou uso aos herdeiros ou aos donatários e a propriedade a um só. Tal comunhão *pra divisa* de usufruto de apartamentos se constrói à semelhança da comunhão *pra divisa* de usufruto de apartamentos. A figura mesma da comunhão *pra divisa* depende dos objetos dos direitos (apartamentos, casas), e não dos sujeitos. As relações entre os comuneiros prendem-se ao que resulta da relação por bem dizer física, espacial entre partes. Não se prendem à vontade dos titulares dos direitos, como se daria se eles resolvessem fazer sociedade, concorrendo com os seus apartamentos. Nada impede que comuneiros na comunhão pura *divisa* se juntem e constituam sociedade. A figura jurídica da sociedade suplantará a figura jurídica da comunhão, sucedendo-lhe ou não. Não atenderam a isso os juristas belgas L. HENNEBICQ e 1". POLLUER, que aliás não levaram até a invocação da

sociedade a explicação da comunhão dos apartamentos.

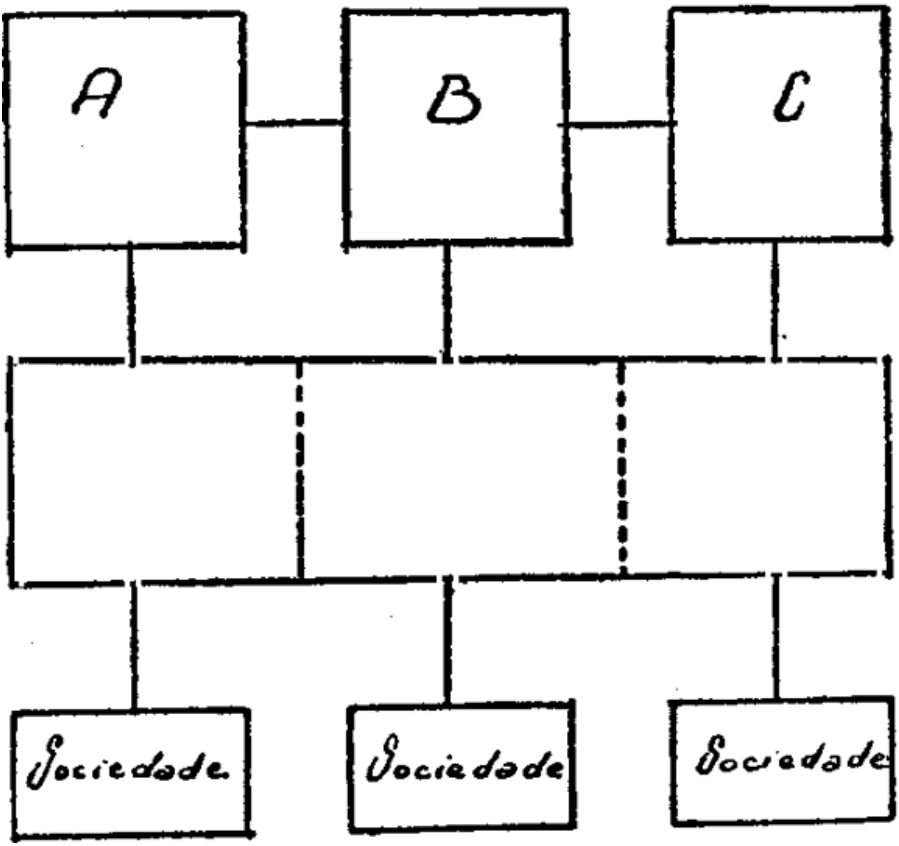
Por isso mesmo, a morte de um ou mais dos comuneiros deixa intacta a figura da comunhão. Não há repercussão.

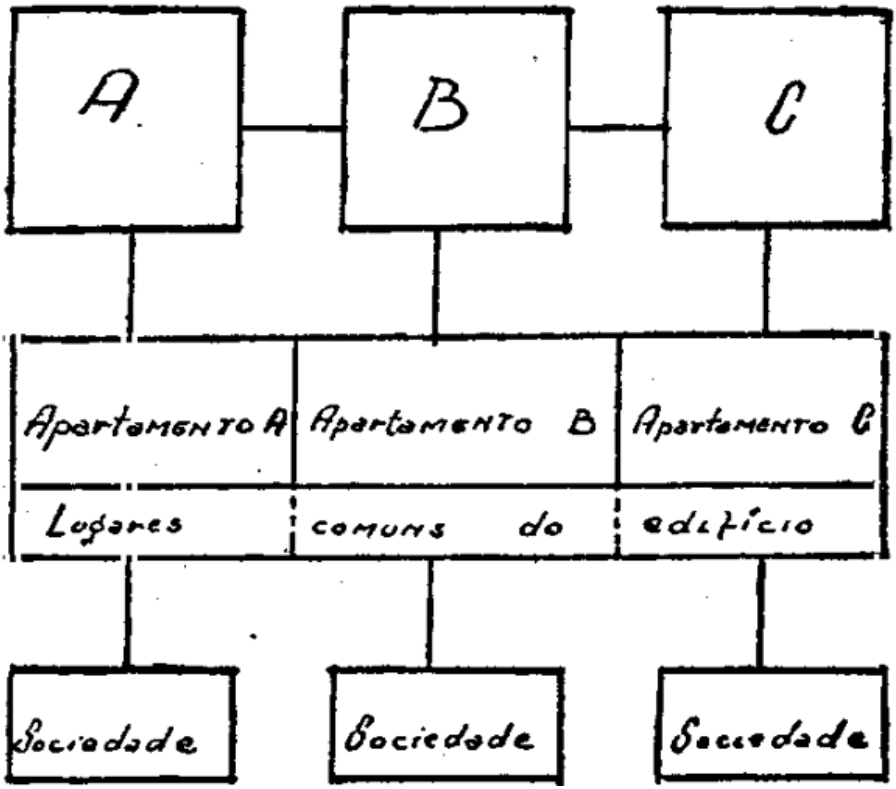
O comuneiro aliena como quer e a quem quer, salvo se ocorre o *plus* do direito de preferência, ou se foi vinculado por algum negócio de opção.

A sociedade de fato. dificilmente se comporia; porque mais seria de se presumir o mandato dos comuneiros ao que administrasse. Porém a hipótese não é de se afastar, nem o é a de sociedade irregular entre os comuneiros.

A sociedade pode abranger dois ou mais apartamentos, dois ou mais edifícios de apartamentos, exista ou não entre eles comunhão *pro divisa,* ou entre alguns dos sócios exista e entre outros sócios não.

6.COMUNHÃO "PRO DIVISO" E CONDOMÍNIO. Explicar-se a comunhão *pro diviso* pelo condomínio ou comunhão *pro indiviso* não seria de admitir-se: exatamente, nessa, há a negação cabal daquela, posto que, naquela, não haja total negação dessa. A comunhão *pro diviso* afirma a não existência de condomínio, podendo mesmo dar ensejo a ação declaratória negativa com esse propósito de se negar a indivisão, exceto no que é elemento *diferente* (o terreno e obras *comuns)*. Na comunhão *pro divisa,* propriedades distintas, domínios sem condomínio, estão próximas e ligadas ou circundadas pela comunhão de alicerces, tetos, paredes, soalhos, escadas, corredores, portas de saída, canos-mestres, átrios, caixas de água, reservatórios, elevadores, mesas de telefone, entradas, muros, calçadas, jardins, etc. Em verdade, tudo, no edifício de apartamentos, é comum, exceto o meio-enchimento dos espaços contidos entre as vigas, pendurais e outras peças de cimento e ferro. Dizer-se, porém, que o dono do apartamento só é dono *pro diviso* do "espaço entre as paredes", ou do cubo de ar, destoa de toda a conceituação jurídica científica.


A
B
C
Sociedade
Sociedade
Sociedade



7. ABSURDO DA COMPARAÇÃO DA COMUNHÃO "PRO DIVISO" COM AS UNIVERSALIDADES DE

FATO E DE DIREITO. Há coisas que podem ser consideradas como formando *todo,* tais como o rebanho, o 1

armazém de fazendas, a mercearia, a biblioteca. Cada urna delas *é* separada e pode ser tida como tal: o aMmal A, 5

a peça de seda B, o caixão de vinhos C, o livro D; o conjunto é a *universitas reiww,* universalidade de coisas.

9

Aplicada aos direitos a idéia uliverbidade, ternos as *unirersitateR hn*"*is,* nome que vem tios cor1as, para as distinguir das *„universiIatu tuIi* ou *hominis.* Para o advi) HENNEBICQ; por exemplo, a Universalidade de fato.

(4 [IU *é* o edifício de apartamentos, faz-se, a certo momento, universalidade *de* direito, e o contrato toma, por vezes, caráter de

direito administrativo. A artificialidade acadêmica de tal concepção ressalta a olhos vistos. A *ztniversztas facti e a universitas inrís* são, por exemplo, o rebanho e a herança. A comunhão *pra divisa é* diferente: há o diviso e o indiviso, em vez de um indiviso que elimina o diviso. As *universitatús rerum* eram fundações, massas de bens sujeitas a fim e dotadas de personalidade. Ainda quando elas não gozam de personalidade, assimilar a elas as comunhões *»ro divisa* seria arbtrio. As próprias *?„fliversitates rerum* que não passavam de fundações alimentares para os particulares continham elemento cooperativo e correspondiam à indivisão, e não à comunhão *pra divisa.*

Conforme se vê, não tem qualquer cabimento estar-se a recorrer a categoria tão excepcional e tão fora do *elemento;*" no direito para se dar explicação artificial à comunhão *pro diviso.*

O que importa é terem-se em conta o que é *indiviso* e o que *é diviso,* o que e *comum* e o que *não é comum* na comunhão *pro diviso.* A comunhão *pro divisa é* comunhão *mais* divisão.

É *isso* que se há de explicar, construir e analisar.

8.CONDOMÍNIO E COMUNHÃO "Fito rnvrso". FIGURAS EXPLICATIVAS. Ao falarmos do condomínio ou comunhão *pro indiviso,* demos a figura do § 1.177 (Tomo XI), que reproduzimos pela comodidade.

Se bem que não seja o edifício de apartamentos a única comunhão "pro diviso", é a espécie mais típica nos tempos de agora. Há as comunhões "pro diviso" dos clubes associados, com a piscina comum, ou dos clubes que alienaram a classes de membros piscinas particulares ou cadeiras cativas.

§ 1.311. TENTATIVAS DE EXPLICAÇÃO

Aí temos A, B e C, que são proprietários do prédio em partes ideais, que marcamos por traços simbólicos pontilhados, e o sujeito passivo é a sociedade, conforme a explicação que demos no Tomo XI. As *relações jurídicas de domínio* têm por sujeito ativo, respectivamente, A, B e C, e por sujeito passivo, a sociedade; o objeto é o mesmo em partes matematicamente exprimíveis e "realizáveis" se a coisa é divisível, ou sobre o valor da coisa, em qualquer hipótese.

Na figura acima, o objeto é o mesmo, porém em partes integrantes ou pertenças dele há *diviso* e em partes integrantes ou pertenças dele *indiviso.* O edifício de apartamentos é combinação de indiviso com diviso. As linhas, ligando A, E e existem, como existem na figura acima; porque há comunhão, há relações jurídicas entre A E, B e O, e A e O. Porém a sociedade é que é o sujeito passivo do domínio de A, ou de B, ou de O, nas partes e pertenças *divisas* respectivas e nas partes e pertenças *indivisas.*

9. NECESSIDADE DA CONEXO ENTRE AS PARTES INTEGRANTES DIVISAS. *Há* de existir algo comum para que a conexão entre as partes divisas ocorra.

(a) Se dividirmos em linha vertical o edifício e ficarmos eu com uma "parte" e A com outra "parte", dar-se-á a separação de todo o objeto da propriedade, exatamente aquilo a que se referiu ULPIANO, na L. 6, § 1, D., *communia prediorum tam urbanorum quam rusticorum,* 8, *4,* (onde romanistas eminentes vêem, erradamente, ou alusão A comunhão *pro diviso* ou negação dela quanto a terrenos inedificados) a linha vertical divide o edifício e divide o terreno, de modo que nada mais fica em comum que baste para se pensar em comunhão *pro diviso.* Deu-se a divisão de cima a baixo ("si divisit fundum regionibus. **.")** e a quebra de toda a comunhão entre eu e A, porque dividimos o bem e houve tradição de parte a A ..... .et sic partem tradidit pro diviso"). Então, o pedaço do edifício não é mais parte; é, por si, edifício.

(b) Se tivéssemos direito de superfície, ou outra categoria jurídica que me permitisse ser dono do segundo andar, sem ter saida comum, nem terreno, o corte horizontal proporcionar-me-ia a propriedade única desse andar, tal como no caso acima em que se ergueu a parede

divisória do edifício em dois. Também ai cada pedaço (cada andar) seria um bem, por si só, e não parte de bem.

Muito diferente é o que se passa com a comunhão *pro divisa,* e a figura no-lo mostra. A divisão ocorre, e ocorre a tradição, a que ULPIANO aludia, porém restrita a pedaços que estão cercados de esqueleto comum e todo um sistema de paredes meias e paredes comuns, tetos-e-soalhos meios e soalhos-e-tectos meios, sobre terreno comum e providos de dependências comuns. O maior valor é do comum; porém o diviso, engastado nele, tem relevância suficiente para que a divisão *influa* na construção jurídica das relações de propriedade. Diviso são partes integrantes que o não deixaram de ser; o próprio fundo, o terreno, não se fêz em pedaços, cada um dos quais seja fundo: a respeito dele e de outras partes indivisas nem houve divisão nem a tradição do todo. Dai ter sido sem as conseqüências normais a tradição do diviso: restringiu-se a ele; sendo ele parte integrante de objeto de propriedade cujas outras partes integrantes são indivisas, cada um se desligou dos outros divisos, porém ficou atado a partes integrantes indivisas. Antes, cada apartamento, por exemplo, era como se alguém estivesse segurando corda em que se ligassem todos os apartamentos e corda em que estivessem todas as partes indivisas; agora, cada apartamento continua ligado a essas partes indivisas, ligadas, por sua vez, entre si; porém ~a corda em que estavam os apartamentos foi cortada.

10.NATUREZA COMPÓSITA DA COMUNHÃO "PRO DIVISO". Assim, a comunhão *pro divisa* é misto de comunhão e de não-comunhão, de divisão e de indivisão. O titular da relação de direito de propriedade é titular do domínio do apartamento e do condomínio do terreno e das outras partes integrantes indivisas; porém sem que se possa dissociar a relação de direito de propriedade em relação de domínio e relação de condomínio, porque o objeto dela é complexo e indecomponível. Não há relação jurídica que recaia sobre uma parte integrante, e não sobre outra. Na comunhão *pra divisa,* o apartamento é parte integrante, o terreno é parte integrante, as paredes, os portões, o átrio, os corredores e tudo mais, no edifício e fora dele, é parte integrante. Quando digo que "comprei apartamento", lanço proposição elíptica: deveria dizer "comprei apartamento, parte do terreno e partes nas demais obras e dependências do edifício e fora dele". Não se pode alienar, separadamente, qualquer das partes integrantes, porque seria quebrar-se o objeto e fazer-se autônomo o que é apenas parte integrante. Herdamos dos juristas romanos, influenciados pela filosofia e particular-mente pelo conceito de noção de parte integrante, de parte que é inseparável do todo da coisa, da sua *perfeotio.* A Lei n. 5.421, de 25 de junho de 1928, traiu esse resíduo filosófico-jurídico

quando (art. 2.0), ao exprimir a integração das partes (terreno, instalações, etc), disse serem inalienáveis e indivisíveis: tem-se de ler "inalienáveis separadamente"; porque, com o apartamento, se alienam terreno e outras partes indivisas. O *perpetuus usus* justifica a subordinação do diviso e do indiviso à unidade material do edifício. Se já se escolheram, no plano, os apartamentos futuros, e se iniciou o edifício, já o edifício existe, tanto a concordância das vontades, o *consilium,* pode plasmar realidades jurídicas. O que mais importa, quando se expõe, se estuda a incidência e se aplica o direito sobre comunhão *pro diviso,* é ter-se o todo apartamento, parte do terreno e das outras porções construídas como objeto de cada relação jurídica de propriedade.

Estamos preparados, agora, com as noções elementares para construir, explicar e analisar o *edifício de apartamentos,* com o espírito seguro nas linhas histórico-filosóficas e de direito positivo, que estão à base do nosso direito das é coisas, e em contacto com a realidade da vida de hoje. Os que exageram o elemento material das civilizações não meditam em que essas civilizações se apagam, *dentro dos espíritos,* antes de se apagarem lá fora, nem vale explicações a permanência de civilizações atrasadas, quase impermeáveis às mais avançadas.

Essas são assim, porque os espíritos continuam atados ao passado, enredados, enrodilhados, enrolados nele.

Toda evolução jurídica que pretende ser consciente tem de começar pela consciência das suas fontes, fontes em textos e fontes *par trás* dos textos. Toda dogmática jurídica que não lance mão dos dados sobre as origens e o sentido filosófico dos institutos é como itinerário traçado por geógrafo que só tem informes de outrem, e não viu, nem mediu, nem investigou. Principalmente, é preciso *separarem-se* o direito positivo do pais e o direito positivo dos outros povos: o que nos pode interessar, na exposição de lei brasileira, é o direito que nos veio do fundo dos vinte e tantos séculos mediterrâneo atlâticos, passando por Portugal, ou por outro país, e vindo ao Brasil; a comparação, que só *ilumina;* e a *ciência,* o estudo das categorias, dos sistemas, dos enunciados, que é cabedal de todos, porque independe do direito positivo.

Por isso mesmo que a comparação só *ilumina,* toda leitura de livros estrangeiros sem ser para os ver *de cima,* do plano científico, é perigosa. O arquiteto ganha em conhecer os estilos, porém há de se abster de misturá-los. Mais pernicioso ainda é o saturar-se de direito estrangeiro sem se ter antes descido às fontes do direito nacional, para se apanhar a linha histórica e saber-se até onde, ou até quando ela

coincide com a linha de evolução. Por isso, sempre nos causam espanto os que tratam do direito processual brasileiro sem terem lido a MANUEL MENDES

DE CASTRO e a SILVESTRE GeMES DE MORAIS e os que falam de direito das coisas brasileiro sem saberem o que são paredes meias.

No momento, que passa, da civilização ocidental, com o transitório estacionamento da investigação científica na Europa, devíamos tomar a ciência tal como no-la apresentaram até 1989 e com ela prosseguir por conta própria; porém sem nos esquecermos de que uma coisa é o elemento *científico* e *técnico,* cabedal de todos, e outra, a linha *histórica* e o *presente do direito positivo* de cada país. Para que uma regra jurídica pertença a um sistema de direito é preciso que esteja *nele,* que seja proposição dele.

A lei que pretende ser *ratianis ordinatio ad bonum cammune* cai num sistema de direito, que já existia *antes dela.* Certamente, se ela é diferente da regra que lá estava, vai substitui-la; mas só a substitui, não cobre com outros matizes todo o resto do sistema. Todo sistema obedece a algum plano que lhe dá o sentido e, pois, o das regras de per si; tais regras o compõem e têm o sentido que ele *lhes* permite.

11.ANDARES, APARTAMENTOS E PARTES INDIVISAS. Também aqui é absurda a teoria da personalidade ou da quase personalidade da comunhão. Nem se pode exagerar o papel da "coletividade", que alguns vêem na assembléia de comuneiros. A teoria da propriedade de apartamentos tem de ser induzida e elaborada *dentro* do sistema jurídico de que se trata. Não se pode erigir *a priori.*

A comunhão de apartamentos é comunhão *pra divisa,* mas comunhão *pra divisa* quanto à parte integrante edifícial: a terreno continua indiviso. Há partes *pro indivisa,* além dele. O que não há dúvida é quanto à divisão do que mais se usa, que é o apartamento. A construção jurídica, essa, é a da propriedade em comum do terreno, com a propriedade em comum de outras partes e a comunhão *pro divisa* do edifício no que ele é de uso exclusivo dos comuneiros. A expressão "comunhão *pra divisa"* tem a vantagem de ser suficiente à distinção entre o condomínio simples e o condomínio de terrenos e partes indivisas no edifício de apartamentos ou andares.

O que dá ao instituto a fisionomia própria não é a existência de partes integrantes comuns (todo condomínio é feito disso!). O que o caracteriza é exatamente a existência no plano da propriedade, e não

só da posse de partes não comuns, de partes divisas. A existência dessas partes divisas, que passam a ter relevância jurídica e econômica, que se desconhecem nas demais comunhões, é que afrouxa os laços da comunhão, a ponto de ser alienável a parte de cada comuneiro (partes indivisas + partes divisas) sem a incidência do artigo 1.189. Para se alienar toda coisa é preciso e basta que haja tantas alienações quantas são as propriedades individuais, os apartamentos, ou os andares, se a unidade é andar. A administração e a gestão dos interesses comuns de modo nenhum criam entidade coletiva, que administre e gestione, nem a que subjazam a administração e a gerência, ou dela sejam órgãos. Se se analisam, cuidadosamente, as relações jurídicas que se encontram nos edifícios de apartamentos. logo se percebe que a terra continua de ser o cerne da propriedade, mas as partes divisas do edifício ganham tal relevância que há certo equilíbrio entre a indivisão e a divisão, entre a comunhão *Pro* iii *divisa* e as partes divisas que somente não passaram a constituir, de todo, coisas à parte, *res,* porque há os laços condominiais do terreno e das partes indivisas. Coisas, *res,* são os apartamentos, porém como seres atados, pelos pés, ao terreno e, por todos os lados, pelas partes comuns (alicerces, corredores, depósitos de água, canos comuns, esgotos comuns, entradas comuns).

Daí não se tire que os apartamentos não são objeto de comunhão que deixa livres as partes integrantes dos terrenos. Não é a mesma coisa que o que ocorre quando duas casas, com os seus terrenos, têm o mesmo jardim de frente, comum, ou a mesma entrada, com corredor. A categoria jurídica da contemporânea comunhão *pra divisa* de apartamentos não é condomínio nem é propriedade exclusiva que independa de partes comuns. Se quer caracterizar, cientificamente, a propriedade dos edifícios de apartamentos, tem-se de partir no sistema jurídico brasileiro de que não se tem a propriedade do edifício, separada da propriedade do terreno, e no entanto se concebeu a unidade, a *res,* em que há o apartamento, parte divisa, e a parte indivisa no terreno e partes do edifício ou dos edifícios anexos ao maior. Há algo de intercalar entre a propriedade exclusiva e o condomínio, pela dose de diviso que se concebeu por sobre o terreno. O regime jurídico tinha de ser complexo, muito de propriedade exclusiva, mas assaz de compropriedade, o que evita a dispersividade do domínio exclusivo. Onde há partes divisas, tudo se passa como se se tratasse de propriedade exclusiva, com o seu destino próprio, embora sujeito à configuração inicial e a exigência da unidade do prédio e certa utilização uniforme. onde há parte indivisa, *(b)* as regras jurídicas do condomínio tomam a frente. Seria, porém, errôneo se entendesse que, por se ter *(a),* o domínio exclusivo dos

apartamentos está fora da relação condominial, sem que nele se reflita a comunidade das partes e serviços comuns. Há coesão material e jurídica ineliminável; as relações de vizinhança tornam-se, por bem dizer, mais sensíveis; e, ainda quando servidões entre apartamentos não sejam Ônus mais interiores à relação" condominial, tais servidões assumem aspecto novo, que lhes advém da dependência dos apartamentos às regras jurídicas e regulatais relativas à comunhão.

Alguns juristas dizem que os apartamentos são objeto de domínio exclusivo da parte dos comuneiros e as partes comuns vêm em segunda plana. Juridicamente, não. O terreno é que é o cerne. O terreno é que prende entre si os apartamentos, que são partes divisas, assaz importantes, sim, mas inseparáveis da quota no terreno. Por isso mesmo não se pode alienar o apartamento sem se alienarem a quota e as outras partes indivisas. Não se podem reduzir as relações jurídicas entre os donos de apartamentos a relações jurídicas de vizinhança; bastaria, para se fundamentar a repulsa a essa afirmativa, que se pensasse nas relações jurídicas dos proprietários dos apartamentos no que concerne ao terreno. O terreno é elemento coesivo ineliminável. Entre o sistema jurídico brasileiro e aqueles em que se admite a propriedade dos edifícios sem o solo há verdadeiro abismo. Não se tem o direito de superfície. Nos sistemas que o têm, os problemas pululam, como o de se saber se os donos do apartamento são titulares de direitos de superfície, superpostos, ou se são condôminos com o proprietário do solo (cp. F.

MESSINEO, *Manuale, fi, 7.~* ed., 115; diferente, O. BAIBI, *Diritto di superficie,* 88). Têm-se de precatar a doutrina e a jurisprudência contra sugestões de sistemas que têm o direito de superfície.

A coesão entre os apartamentos chega ao ponto maximo na vedação de reconstrução do apartamento e nas mudanças que possam quebrar a fisionomia estética do edifício e na proibição do uso desvalorizante.

12.. REGRAS FUNDAMENTAIS. É possível formularem-se algumas proposições que, inicialmente, sirvam à precisão conceptual da comunhão nos edifícios de apartamentos:

a)Comunhão *pra divisa* é comunhão *mais* divisão.

b)£ preciso, portanto, que haja divisão, isto é, partes integrantes divisas no direito brasileiro, apartamentos, ou casas, ou outra construção, ou meio de *dividere* e haja comunhão, pelo menos do terreno. Sem terreno (domínio, usufruto, uso, posse, etc.), que seja

indiviso, não há comunhão imobiliária, de modo que esse é o mínimo de elemento comum.

c) O edifício, em que todas as saídas e todos os corredores ou outras partes integrantes que costumam ser *comuns* fossem privativas e as paredes *todas* próprias ou paredes-meias e não houvesse lages comuns ou apartamentos com tetos-e--soalhos meios, ainda seria edifício de apartamentos. No direito brasileiro, comunhão *pra divisa* na propriedade do edifício de apartamentos sem terreno *pro indivisa,* é inconstruível segundo a legislação especial; cada propriedade no terreno seria um *terrena* e as partes no edifício regular-se-iam pelo instituto que tivesse de disciplinar a direito às partes do prédio. A comunhão *pra divisa* seria regida, então, segundo o ramo de direito em que fosse construivel.

d) É tautologico que as partes integrantes divisas se regem pelas normas que regem as *coisas* imóveis e as partes integrantes indivisas pelas normas que regem as *partes ideais;* salvo no que são partes integrantes de partes indivisas aquelas e partes integrantes com as partes integrantes divisas essas.

e)A divisão em apartamentos pode ser feita material e juridicamente *antes* de haver pluralidade de sujeitos; quer dizer: há partes indivisas e há partes divisas, integrantes umas das outras, formando as unidades (A, E, O, ...) do edifício de apartamentos, *brevitatis causa* os "apartamentos", enquanto ou quando só é um o dono de todos eles.

Essa circunstância, inicial ou superveniente, de concentração das propriedades numa só pessoa, não apaga a distribuição material e jurídica do edifício em *apartamentos.* É preciso que se cancele o Registro que produziu a *juridizada* da distribuição material, para que desapareça a pluralidade de "idéias" e fique apenas uma. Exemplo que demos: o edifício de apartamentos que se transforma em hotel, cancelado o Registro que o "dividira" juridicamente. Ainda persistirá, então, a "divisão material", que, por sua vez, pode ser materialmente alterada, ou apagada.

f)O negócio jurídico da divisão em apartamentos é abstrato.

g)Antes se mostrou, conforme foi exigência de método, que a *partilha* do bem imóvel nem sempre‟ *divide:* quem parte pode partir em partes indivisas (A terá ¼; E, ¼; O, ¼), portanto há partição sem divisão; pode partir em partes divisas, o que supõe partição com divisão e partição em partes indivisas, que sirvam para acorrentar o diviso que, sem isso, deixaria de ser *pars,* para ser *res,* coisa; pode partir com

divisão completa, e então partição e a divisão coincidem, não havendo mais *partes,* e sim *res,* coisas.

h)Quando se faz jurídica a comunhão *pra divisa* do edifício de apartamento, a *partição* tem os seguintes resultados:

a)parte o terreno em partes indivisas (parte, e não divide) Da parte algumas porções do edifício em partes indivisas (ainda aqui parte, e não divide) ; *e)* parte o edifício *restante* em partes divisas, em *apartamentos* ou outras partes divisas (parte e divide).

i)A noção de parede-meia não é peculiar à comunhão *pra divisa;* prédios contíguos podem e costumam ter *paredes-*

-meias. Porém o conceito de teto-e-soalho ou soalho-e-teto é peculiar; e pertence à comunhão *pra divisa.* As casas de dois andares, ou mais, têm teto-soalho, ou soalho-teto, sem a copulatíva *e,* que aponta a divisão, isto é, que divide, com a linha geradora de plano, teto-e-soalho ou soalho-e-tecto. Há *vizinhança,* e não *condominio.*

5)A regra é que ao diviso da propriedade corresponda o diviso do uso e ao indiviso da propriedade o indiviso do uso; porém os comuneiros interessados podem, por unanimidade, *dispor* diferentemente.

k)A legislação especial cogita de edifício de apartamentos, parecendo que somente regra a comunhão "pro diviso" se o edifício é um só. A comunhão sujeita à legislação especial os edifícios de dois ou mais andares, quer seja um só o edifício, quer dois ou mais, *se há unidade.* O terreno é que une, mas pode-se pensar em quotas em terrenos correspondentes aos edifícios e quotas em terreno comum a todos, que seja o laço principal *(e. g.,* terreno em que está a fonte de água mineral, terreno em que se construíram o teatro, o salão de baile e a piscina). O elemento que *una* a todos é essencial.

1) Há, além da comunhão "pro diviso" em edifício de dois ou mais andares, a comunhão "pro diviso" em edifício de um só andar, o que se trata, no direito comum, à semelhança do que se estabeleceu, explicitamente, para os edifícios de dois ou mais andares.

m)Nada obsta que se dê ao apartamento A (no sentido da abreviação a que nos referimos), como cerne, fração no terreno que se julgou indispensável à construção e, como partes integrantes, a fração noutro terreno, contíguo ou não, em que construiu garagem, ou piscina, ou se fêz campo de tênis, partes indivisas e divisas no edifício. É

possível, no ato constitutivo, ou em deliberação unânime posterior,

prever-se a alienação da fração no terreno que não é cerne, o que, fazendo-se a outro comuneiro, mantém a integridade do edifício de apartamentos, mas a terceiro, se possível, transforma o terreno que não é cerne em terreno à parte, *em condomínio.* A construção de tais frações como partes integrantes de cada apartamento e parte ideal (condominial) a do terceiro não é impossível, mas seria cheia de inconvenientes.

CAPITULO II

COMUNHÃO "PRO DIViSO" E SISTEMA DE DIREITO

§ 1312. Qual a regra de direito que incide?

1.ATRIBUIÇÃO DE REALIDADE A UM DIREITO. Já dissemos que a relação obrigacional de comunhão não é relação obrigacional pura. Pode nascer, no direito das obrigações, de outra relação; pode nascer no direito de família, no direito das coisas, no direito das sucessões, no direito público. As relações obrigacionais da comunhão *pra divisa* de edifícios jazem no direito das coisas, porque a comunhão *pro diviso* de edifícios, ou qualquer outra que apanhe a propriedade, é, como o condomínio, instituto de direito das coisas. A atribuição de *realidade* a um direito depende da coisa, da *res;* a *res* depende da situação. Por outro lado, não há direitos reais que sejam os que, na lei, deixaram de ser: o direito somente é *real,* se a regra jurídica de agora o tem como tal. A casa que foi dividida em duas, e o edifício que se dividiu em apartamentos, dividiram-se conforme o *status* e o *tem pus.*

2.LEI QUE REGE A COMUNHÃO "PRO DIVISO", NO ESPAÇO E NO TEMPO. Temos, pois, de considerar qual a lei que rege a comunhão *pra divisa,* no espaço e no tempo. Sabida qual é a lei, temos de entendê-la, revelar-lhe as regras implícitas e levá-la à plenitude que lhe seja obtida por bons métodos de interpretação das leis. Já ai surgem problemas, alguns dos quais dizem respeito à estrutura dos edifícios ou à falta de edifícios: a) se o direito brasileiro permite a comunhão *pra divisa* de terreno; *b)* se há, no direito brasileiro, a comunhão *pro divisa* em edifício de um só pavimento, ou só a comunhão *pra divisa* em edifício de dois andares ou mais.

Além disso, é conveniente atender-se à repercussão da comunhão *pro diviso* noutros institutos do mesmo sistema jurídico, ou vice-versa.

§ 1.313. Direito intertemporal da comunhão "pro diviso" 1. 1928 E 1943. A lei sobre comunhão *pra divisa* incide (e pois é aplicável) imediatamente: assim já desde 1943 (Decreto-lei n. 5.234, de 8 de fevereiro), aos edifícios de três, quatro e cinco andares se estendeu a legislação sobre edifícios de apartamentos, ainda que tais edifícios então já existissem e estivessem submetidos às regras que hoje disciplinam o que se refere a edifícios de um só pavimento; desde 5 de junho de 1948, a Lei n. 285 submeteu à legislação especial a comunhão *pró divisa* de dois andares, se de acordo com o art. 1. da Lei n. 5.481, de 25 de junho de 1928. É particularmente importante que a incidência das normas sobre a administração seja imediata. Em todo o caso, essa imediatidade depende de já estar registrada, ao tempo da lei nova, a divisão.

2.LEI NOVA E DIREITO REAL. A registrabilidade de qualquer direito real que se ligue à comunhão *pro divisa* é dada pela lei nova. O direito que era registável e foi registrado, porém deixou de ser registável, é como se não constasse do Registro.

O direito que não era registável, mas foi registrado, é como se fOsse registrado no momento da incidência da nova lei que o faz registável.

§ 1.314. Direito Internacional privado da comunhão "pro diviso"

1."LEX REI SITAE": POSSE E PROPRIEDADK A *lex rei situe* é que dá as regras cogentes, dispositivas e interpretativas, sobre a comunhão *pra divisa.* Tal lei é que determina a passe que se tem, qual o momento em que se adquire, a realidade da proteção possessória, pois que à *lez rei sitae* é que competem as qualificações. O prazo para as ações possessórias

§ 1.813 E 1.814. SOBRE DIREITO (L.VON BAR, *27hearie und Praxis,* 2.S ed., 1, 626; O. WÃLK~nt, *Internatianales Privatreoht,* 43 ed., 308), ainda que metido no Código de Processo Civil, é de direito material, da *lex rei sitae,* e não da *lez fari.* As medidas de conservação e a perda da posse, a qualificação para que a posse do indiviso se regule de um modo e a do diviso de outro, e a continuação de outro ou a não-continuação, inclusive se trata de posse por saisina, só a ia *rei situe* ou

a lei-conteúdo isto é, a que ela indicar as pode reger. Se o estatuto do negócio jurídico entre o incorporador e os comuneiros ou candidatos, ou entre condôminos, permite a transferência da posse pelo só consentimento, a lei da situação é que decide se tem eficácia, no caso do edifício de apartamentos. Se o estatuto do negócio jurídico não dá a esse o efeito de transferência, a *la rei sitae* nada tem a resolver (nosso *Tratada de Direita Intermicianal Privado,* II, 122), salvo, o que não é de esperar-se, se possui regra de ordem pública (atribuição de eficácia).

2.DIREITos REAIS. A *lez rei sitae* rege os direitos reais. Não há brecha para qualquer outra lei, salvo se a própria *la rei sitae* a torna conteúdo seu. Todos os *direitas reais,* desde o domínio até as servidões e os direitos de vizinhança, que são direitos reais não-isolados, só dependem da lei do lugar da situação do terreno. Os modos de aquisição e os modos de perda seguem a mesma lei.

3.PRÉDIOS SOBRE A LINHA FRONTEIRA. Se um prédio está num pais e o outro no outro, o direito real de servidão reconhecido pelo direito do prédio serviente, e negado pelo do prédio dominante, existe? A opinião de L.

VON BAR *(Thearie und Praxis,* 1, 639, nota 14) e de E. ZITELMANN *(internationales Privatrechi,* II, 314-329), com pequena variante, era no sentido de se exigir permissão pelos dois sistemas de direito em contacto na fronteira, tendo o primeiro, sem qualquer pertinência, falado de reciprocidade; A questão foi resolvida por K.

NEUMEYER *(Inter» atianales Verwaltungsrecht,* II, 45), que criticou a E. ZITELMANN. Para que exista, no sistema jurídico do Brasil, algum direito, escrevemos nós *(Tratado de Direito Internacional Privado,* II, 125), não é preciso que no sistema do Uruguai exista esse direito. O direito existe no Estado que o criou e independentemente de quaisquer outros sistemas. Se a servidão existe no Brasil a favor de prédio sito no Uruguai, o direito do Brasil é o que incide, e o juiz somente pode aplicar, na espécie, o direito brasileiro.

4. DIREITO DAS GENTES E DIREITO INTERNO. Se o bem é a cavalo sobre a fronteira, a linha da fronteira *divide* o bem para todos os efeitos de direito das gentes. **A** casa lindeira paga impostos e taxas a um e a outro Estado. A escritura pode, se o Estado da situação o exige, só se referir a uma parte judicialmente separada da outra. Se o direito do lado **A** do prédio serviente reconhece a servidão predial e o direito

do lado 8 do mesmo prédio também a reconhece, não há questão. Se só um deles a reconhece, somente há servidão no direito do lado que a reconhece, portanto dentro do seu território. Pode dar-se, também, que um deles o tenha como servidão, e o outro como outra figura jurídica *(e.* g., direito de vizinhança). **A** parte do lado A pode ser inalienável ou sofrer outra clausulação, e não ser inalienável, nem sofrer clausulação, ou sofrer diferente clausulação a parte do outro lado (nosso *Tratada de Direito Internacional Privado,* **II, 516:** "**. . .** quer na propriedade *pro indiviso,* quer n.t propriedade? *pro divisa* dos grandes edifícios"). Ao proprietário *pra divisa,* se a sua parte corresponde a um dos lados, deve dar-se o tratamento normal, se, porém, a separação não corresponde à linha de fronteira (escrevemos, **II, 516),** há de proceder como o proprietário *pro indivisa.*

5. LEI QUE REGE O CONTRATO DE INCORPORAÇÃO. **O** contrato de incorporação rege-se segundo as normas do direito internacional privado para as obrigações. A responsabilidade pelos atos ilícitos pelo dolo contratual é de ordem pública.

A promessa de compra-e-venda e a opção, como negócios jurídicos obrigacionais, seguem o estatuto da obrigação. **A** sua eficácia de transferência da propriedade ou de ação para a entrega do bem depende da *lez rei situe,* que, naturalmente, também **é** a do foro.

§ 1.315. Casamento e comunhão "pro diviso"

1.Noivos E APARTAMENTOS. Se dois noivos possuem apartamentos no mesmo edifício e o casamento é pelo regime da comunhão, Esses apartamentos passam a ser de ambos *na momento em que se casam:* a divisão por apartamentos é indiferente ao que se está passando; cada apartamento se torna propriedade *pro indivisa,* em virtude de comunhão matrimonial de bens. Se o apartamento entra na classe dos bens incomunicáveis, por lei ou por força de convenção antenupcial, a propriedade dele nada sofre.

2.SOCIEDADE CONJUGAL. Durante a sociedade conjugal é o marido que administra os bens comuns, de modo que, sendo bens comuns os apartamentos, é ele que comparece às assembléias, exceto se vai deliberar sobre ato para o qual ele precise do consentimento da mulher. Segundo o direito de família, se é a mulher que administra os bens comuns, têm de ser respeitados os princípios *coma se tratasse de edificia vulgar.* Se o apartamento é somente do marido, ou somente da

mulher, para os atos que se prevêem nos arts. 235, 17, 276, 293, 235, II e IV, 242, II, III e VIII, precisa o dono do apartamento do assentimento do outro cônjuge. Os atos de administracão podem ser do marido (arts. 233, II, 274 e 289), ou da mulher (art. 251), ou do cônjuge a que pertence o apartamento (art. 276, cp. art. 235, II, *ex argumenta)*.

3.DISSOLUÇÃO DA SOCIEDADE CONJUGAL. Se sobrevém desquite, ou decretação de nulidade do casamento, com declaração de putatividade, ou morte, os apartamentos que eram do marido e os que eram da mulher e se comunicaram não volvem a ser de propriedade de um só; a partilha é que poderá atribuir à meação do sobrevivo algum ou alguns deles e outros aos herdeiros. Se o cônjuge sobrevivo é o herdeiro, os apartamentos são de um só desde o momento da morte, sem que isso repercuta na comunhão *pra divisa.* Por onde se ve que a comunhão *pra divisa é* instituto de direito das coisas que independe do que se passa no plano do direito de família e do direito das sucessões.

No momento em que há desquite ou divórcio, algum bem pode passar a pertencer apenas a um dos cônjuges, ou só em parte sem ser por metade. A eficácia da sentença constitutiva negativa, dissolvendo o casamento, por si só não determinaria tal mudança subjetiva no bem; o efeito é da decisão de partilha, ainda que apenas homologatória do acordo. Todavia, a eficácia real somente começa com a transcrição da partilha, segundo os princípios que largamente expusemos no Tomo XI.

§ 1.316. Sucessão e comunhão “pro diviso”

1.HERANÇA. Se ainda não fora transferida a propriedade do apartamento, o decujo deixa crédito ou o direito resultante da promessa de compra-e-venda ou da opção. De qualquer modo, a seja pretensão e a sua ação para que o promitente declare ou entregue o bem, assinando os papéis definitivos, passam aos herdeiros ou legatários.

Esses são legitimados para as ações do art. 1.006 e § 2.0 do Código de Processo Civil na mesma extensão em que o era o decujo.

Se o apartamento já figura no Registro como do decujo, trata-se de bem seu que se transmite como os outros direitos reais. Se fora assinada a escritura definitiva, porém ainda não se registrará, o inventariante, o testamenteiro com poderes amplos, e o sucessor

interessado têm legitimação para promover o Registro.

à transformação jurídica. Se o decujo já discriminara os apartamentos que tocariam aos herdeiros ou legatários, procedeu ele, por si, à substituição da propriedade una em propriedades múltiplas, *pra divisa.* A partilha apenas declara, judicialmente, com eficácia para o Registro. A despeito do que se diz no art. 631, 1,a parte, tal escassez de constitutividade da sentença de partilha era rara. Se o decujo deixou o prédio a A e o apartamento *b* a E ou os apartamentos *b* e e a E e C, tem-se de entender que procedeu à divisão do prédio, de modo que, deduzido o apartamento *a,* ou deduzidos os apartamentos b e e, a A tocaram todos os restantes apartamentos.

2.FIGURAS DE DIREITO DAS SUCESSõES. O todo apartamento, terreno e mais partes integrantes indivisas (e pertenças) é suscetível de todas as figuras de direito das sucessões de que é suscetível a casa sozinha, inclusive inalienabilização, indivisibilização do apartamento, impenhorabilização, j11comunicabilizaçáo matrimonial, *madus,* fídeicomísso, desmembramento em domínio e usufruto, ou uso ou habitação.

3.PARA DIVISA E PARTE INDIVISA. A herança ou legado a duas ou mais pessoas, com discriminação de parte indivisa e parte divisa para cada uma, estabelece, *inre hereditaria,* a comunhão *pra divisa,* que nem por isso deixa de ser desde o instante em que se constitui instituto de direito das coisas. Se o decujo deixou edifício, que está em situação de ser parcelada a propriedade em propriedades de apartamentos, sem que a esse parcelamento se houvesse procedido, e beneficiadas foram duas ou mais pessoas, sem se aludir a apartamentos, há-se de entender que deixou *pro indiviso* o edifício. A partilha pode, tornando comunhão *pra divisa* a deixa hereditária *pro indivisa,* servir de base aos atos registrários indispensáveis as garagens, as piscinas, os cortes de tênis, e os corredores.

CAPÍTULO III

SOLO, ANDARES E COMUNHÃO “PRO DIVISO”

§ 1.817. Se há comunhão “pro diviso” de solo

1.SOLO INENDIFICADO E COMUNHÃO “PRO DIVISO”; EDIFÍCIO DE UM SÓ PAVIMENTO. A comunhão *pra divisa,* já dissemos, pode existir se há algo diviso e algo indiviso ou comum. Esses dois pressupostos são necessários, porém não suficientes. É preciso, ainda, que diviso e indiviso sejam partes integrantes de um todo. Se juntamos os nossos bois para lavrar o meu campo e o teu campo e acordamos em que dividamos proporcional mente os frutos, há *afecctia,* elemento social; que falta à comunhão. Se herdamos os dois campos e em comum os bois e os arados, e continuamos a exploração, há comunhão *pro diviso.* Aqui exsurge a questão: é possível a comunhão *pra divisa* do *fundus,* do terreno? A comunhão *pra divisa* de edifício de um pavimento, com indivisão do solo, existe no direito brasileiro, é perfeitamente construível, conforme veremos, tanto quanto o era a comunhão *pra divisa* dos edifícios de dois pavimentos de que não cogitaram a Lei n. 5.481, de 25 de junho de 1928, art. l., e o Decreto-lei n. 5.284, de 8 de fevereiro de 1943 art. 1.0. Finalmente, na esteira das nossas críticas, veio a Lei n. 285, de 5 de junho de 1948, que submeteu à legislacão especial os edifícios de apartamentos em dois andares. Problema mais sutil é o da comunhão *pra divisa* do solo inedificado, do solo nu.

Aí não há elemento é comum indiviso que sirva de cinta para prender as partes divisas, como se dá a respeito dos apartamentos presos pelo esqueleto e o terreno comum *pro indivisa,* além de outras partes comuns *pro indiviso,* como os muros, os 2. DIREITO GREGO E DIREITO GREGO-EGÍPCIO; O PROBLEMA DA COMUNHÃO

“PRO DIVISO” DO TERRENO INEDIFICADO NO DI-. IFEITO ROMANO; INTERPRETAÇÃO ERRADA EM TORNO DOS TEXTOS ROMANOS. No direito grego e no grego-egípcio, tais comunhões *pra divisa* de terreno apareciam; e são exemplos os casos dos papiros de Berlim *(Aegyptische Urkunden,* II, 622; 1, 258; II, 619; III, 919). Tinha-as o direito romano?

ULPIANO, na L. 6, § 1, D., *communia pruediorum tam urbanarum quam rusticorum,* 8, 4, diante de terreno, que se dividiu, somente viu uma hipótese a de cada porção vir a ser um terreno: “. . . si divisit fundum regionibus et sic partem tradidit pro diviso , non est pars fundi, sed fundus”. Em vernáculo: .... . se dividiu o fundo em porções e assim entregou parte como separada não é parte do fundo, mas fundo”. Interpretou E. HÓLDER

(Pandekten, 149) que o terreno, ao partir-se, não pode conservar unidade na pluralidade; cada “parte” é terreno: deixa de ser parte. Não nos parece que esse texto baste para a conclusão: ULPIANO não disse: si aívísit fundum regionibusnon est pars fundi, sed fundus”; mas

"si divisit fundum regionibus *et sie partem tradidit pra divisa..."* A hipótese da comunhão não foi excluída. Se havia comunhão e a parte não foi entregue

"separada" (pois que *pra divisa,* aí, é isso o que significa), não se deu *necessãriainente* a cessação da comunhão.

Assim interpreto a L. 6, § 1, D., *caminunia praediarum tam urbanarum quam rusticarum,* 8, 4, e não como E.

HÓLDER, que vemos seguido pelos outros juristas. Quando divido terreno nem sempre faço dois ou mais terrenos, se bem que isso seja o que mais acontece.

É verdade que dificilmente se construiria o *cammunio pra divisa* do terreno, segundo o direito romano; porém não é de excluir-se, se bem que B. **WINDSCHEID** *(Lehrbuch,* 1, 705, nota 2) tenha ido excessivamente longe, apesar do seu laconismo, ao falar da L. 5, § 16, D., *de rebus earum, qui sub tutela veZ cura sunt, sine decreta nan alienandis veZ suppanendis,* 27, 9, e da L. 29, D., *de adquirenda rerum dominia,* 41, 1. (1)A L. 5, § 16, D., 27, 9, contém passagem de **ULPIANO** "Devemos entender comuns os prédios, se forem comuns *pro indivisa;* mas, se forem comuns estando divididos, terá incidência *(lacus* erit) o decreto, cessando a da oração". Note-se bem que ULPIANO apontava as duas comunhões em bens, a *pro indivisa* e a *pra divisa.* Estava ele a falar da Oração do Imperador Severo que proibira aos tutores e curadores alienar prédios rústicos e suburbanos, salvo disposição testamentária ou codicilar dos ascendentes, e precisou de figurar as duas hipóteses, a de ter o pupilo parte indivisa e a de ter parte divisa em algum prédio.

(Lacus erit seria, literalmente, "terá lugar".)

(2)Na L. 29, D., 41, 1, PAULO disse que a ilha formada num rio não se faz comum *pro indivisa* dos que têm terreno junto a uma das bordas ou ribas, mas dividida em regiões *nau pro indivisa cammunis fit, sed regianibus qua que divusus;* porque, explica ele, cada um dos donos do terreno terá na, mesma, em porções é determinadas, tanto quanto haja diante da borda de cada terreno, como se se houvesse tirado linha reta através da ilha, *quantum enim ante cuins que earum rilam eM, tani um, veluti Zinea iii directum per insulam trdnsducta, quis que earum in ea habebit certis regianibus.* Essa a regra que veio até o Código Civil, art. 537. 1, com pequena alteração.

Não se pode ver, nesse caso de que tratou PAULO comunhão *pra*

divisa, porque, se há conexão material, falta a jurídica, falta o elemento *comum* qUe envolva ou afivele as partes divisas, para que permaneçam, ainda que divisas, *partes,* em vez de se fazerem *coisas sozinhas,* e não partes, como se dá no exemplo de **ULPIANO,** na L.

6, § 1, D., *communia praediorttm iam urbanarum quam rusticarum.* Quando B. WINDSCHEID *(Lehrbuch,* **9□ft** ed., 1, 705, nota 2) fêz da L. 29 um dos dois textos que apontou como de *cammunia pra divisa,* errou; e e lamentável que na edição 9□a (a de THEODOR KIPP, que é a citada mais freqüentemente neste livro) não se houvesse chamado a atenção para a nota 6 de FR. EISELE (Çivilistische Kleinigkeiten, *Jahrbiicher JI.Zr die Dagmatik,* 31, 367), em 1892, onde esse escreveu: ".. **.** na L. 29..., porém, o *cammuflis* nada mais pode querer dizer do que cerrar a ilha os contíguos um com o outro, não, porém, para compropriedade, e sim para propriedade imediatamente dividida". Noutros termos: FR. EISELE leu o texto sem supor a elisão do "communis"; B.

WINDSCHEID leu-o como se lá estivesse: ". **.** . non pro indiviso communis, sed *ccrmmunis* pro regionibus divisis"; "não comum *pro indívisa,* mas comum dividido em regiões". E F"R. **EISELE** estava certo. Pena é que os romanistas continuem repetindo, sem exame, a E.WINDSCHEID.

3. **PAULO E ULPIANO.** E. WINDSCHEID. Se a L.29 não é caso de comunhão *pra divisa,* e errou E.

WINDSCHEID, a L. 5, § 16, evidentemente o é. O próprio **ULPIANO** a que E. HÓLDER *(Pandekten.,* 149) atribuia ser hostil à comunhão *pra divisa* de fundo, achando, por seu turno, contradição i½t *adjecta* o ser dividido e ser comum na L. 5, § 16, foi daríssimo: "Communia praedia" note-se bem "praedia", que significa terreno ou o mais, "accipere debemus, si pro indiviso communia sint: ceterum si pro diviso communin. sint, cessante oratione decreto locus erit". O *communis,* que não caberia no texto de **PAULO** (L. 29) e E. WINDSCHEID subentendeu como elíptica a proposição, aqui (si pro diviso *camrnunia* sint) é pertinente e revela que o direito romano não repelia a comunhão *pra divisa* de terrenos. Havia casos em que as regiões não eram *partes,* mas *fundas;* havia-os também em que, dividindo-se o terreno, permaneciam partes as regiões, isto é, eram *cammunia,* se bem que *divididas:* "si pro diviso communia sint..

4.PRATICABILIDADE DA COMUNHÃO "no DIVISO" DO TERRE**NO**

INEDIFICADO, 1 Como, porém, concretamente, dar-se exemplo de comunhão *pra divisa* de terreno inedificado? A regra é que antes da separação (ou desconexão material ou loteamento), a porção, parte material, não se faz coisa especial, sozinha, tratada como unidade completa em si. Não poderia ser objeto suficiente de relação de direito; é parte material. O direito trata a parte indivisa como objeto *suficiente* da relação jurídica, porque é determinável, sem a divisão e, pois, a despeito da conexão material da coisa. Aí, temos o pensamento, em sua liberdade de tratar a coisa como objeto de duas ou mais relações jurídicas. Não pára a sua liberdade: quando se divide a coisa, a despeito da divisão, pode ele atender a que a conexão material (ou outro dado de ordem física, ou econômica, e moral) persiste e mantém ou cria a *comunidade.*

No caso do terreno, se três herdeiros de um engenho de açúcar, ou de fazenda de gado, ou de café, partilham a herança e dividem em três "regiões" (empreguemos o termo romano) o engenho, ou a fazenda, porque é sempre divisível materialmente (se bem que não perca a coesão natural, para gáudio dos platonizantes), porém mantêm em comum a parte em que se mói a cana, ou se trata, ordenha, ou mata o gado, ou se beneficia e ensacam os cafés, e em comum os escritórios, está estabelecida a comunhão *pró divisa,* tão legitimamente quanto aquelas que se usaram, em Portugal e no Brasil, concernentes a casas, com fundamento nas Ordenações Filipinas, Livro 1, Título 68, § 34 (TEIXEIRA DE FREITAS, *Consolidação das Leis Civis,* art. 946; CARLOS DE CARVALHO, *Nova Canso-lida cão,* art. 612).

O que é essencial à comunhão *pra divisa* é que haja divisão o pra *divisa* e que algo permaneça, ou sobrevenha, que ate as porções, as partes divisas, para que se não tornem coisas sozinhas, de per si. Se dividirmos o terreno e entregarmos as partes, certamente cada parte que entregarmos deixará de ser parte do terreno, *pars fundi,* para se tornar terreno, *fundus. É* o que também acontece com a árvore da nossa fazenda que cortamos e entregamos a outrem, ou que permitimos a outrem que corte e fique com ela: fato resultante de que, em negócio jurídico, conferi a alguém cortar e separar do *fundus* a árvore. O cortador obra como se eu fora.

5.PRESSUPOSTOS NECESSÁRIOS E SUFICIENTES. Pressupostos necessários e suficientes para que as coisas sejam comuns *pra divisa,* trate-se de terreno, ou de outro bem, é que haja a *divisão* e haja a *comunhão.*

Conforme dissemos, não é sobre o diviso que recai a comunhão; é

sobre o que não é diviso. Essa antinomia é muito anterior ao direito: se há átomos e há "partes" deles, elementos intra-atômicos; se há moléculas e "partes" delas, elementos intra-moleculares; se há seres vivos e "partes" deles, células, nem por isso perde individualidade o elemento componente, ele mesmo, de regra composto de outros.- SÉRVIO (entenda-se SÉRVIO SULPÍCIO) dizia não sem elegância (non ineleganter) que "parte" significa a parte ideal e a parte divisa *(utrum que) ;* de modo que, dividida a coisa, podia continuar "parte" a porção. Mas QUINTO MÚCIO CÉVOLA o que confundia posse e detenção não admitia que as *partes divisae* fossem partes: para ele, "parte" só é o que não está dividido; porque o que está dividido é nosso, não é parte, mas um todo (L. 25, § **1,** 13., *de verbarum significatiane,* 50, 16) :

"nam quod pro diviso nostrum sit, id non partem, sed totum esse". Influência filosófica em QUINTO Múcío CÉVOLA, que provàvelmente lera TEOFRASTO e se embebera da concepção desse filósofo. SÉRVIO

SULPÍCIO, moço ao tempo em que MÚCIO CÉVOLA morreu, respirou mais livremente.

§ 1318. Comunhão "pro diviso" só do uso ou da habitação

1.CONDOMINIO E DIVISÃO DO uso OU DA HABITAÇÃO. A comunhão *pra divisa* pode ser somente do uso, ainda em prédios de um só pavimento ou de muitos. Nada obsta a que os condôminos aqui a expressão é exata de edifício de apartamentos mantenham a comunhão *pro indiviso,* ou condomínio, para todo ele, e dividam o uso, cada um tomando a si um ou mais apartamentos, e discriminando o que, fora de cada apartamento, é privativo ou é comum a um, a alguns ou a todos. Os próprios co-usufrutuários podem tomar essa resolução.

A não ser no caso de uso ou habitação a titulares múltiplos (Código Civil, arts. 742-748), os direitos, pretensões e ações que resultam do acordado entre os condôminos, co-enfiteutas ou co-usufrutuários, são *pessoais* e não *reazs.*

2.CONSTRUÇÃO JURÍDICA. A construção jurídica é a do condomínio, e não a dos edifícios de apartamentos.

Porque, aí, o apartamento é só diviso materialmente, como substrato físico. Lá estão eles no edifício, podemos alugá-los a outrem, ou, se o edifício pertence a outrem, tomá-los de aluguer; mas, juridicamente, como coisas de per si, ou *partes divisas,* não existem. A idéia platônica

tem aí a sua prova. o caso do clube e os seus armários, quartos ou apartamentos para os sócios (a sociedade é a única proprietária). É o caso dos herdeiros ou legatários da fazenda que convencionaram plantar ou criar em separado, escolhendo, ou não, cada um casa ou parte de casa, dividida por parede que singularize o uso; é o caso das divisões só no plano do *gentlemen agreement.* É o caso dos *boxes* de cavalos nos clubes de corridas ou de equitação. É o caso do próprio bem imóvel do Estado em que os funcionários públicos têm aposentos privativos, ou apartamentos, ou simples armários para as suas vestes, chapéus e objetos de uso pessoal. É o caso dos cofres de aluguer. Ora se divide a posse mediata, ora a imediata.

Nunca a propriedade mesma. Continua de pé a regra-definição: é preciso, e basta, que haja as partes divisas e algo de indiviso aí o domínio que lhes evite tornarem-se coisas ou direitos sozinhos.

§ 1.319. Comunhão "pro diviso" de um só andar ou de dois ou mais andares, não sujeita à legislação especial 1.TEXTO DAS ORDENAÇÕES FILIPINAS. A comunhão em edifício de um só ou de dois andares é velha no direito luso-brasileiro e brasileiro. Exatamente o texto das Ordenações Filipinas (Livro 1, Título 68, § 34), em que se encontrava a regra jurídica sobre a comunhão *pra divisa,* só aludia a dois comuneiros. Se interpretássemos o Código Civil como extintivo e vedativo das comunhões *pro divisa* em geral, a Lei n. 5.481, de 25 de junho de 1928, teria tido o papel de *só* a permitir nos edifícios de mais de cinco andares e o Decreto-lei n. 5.234, de 8 de fevereiro de 1943, o de estender a permissão aos edifícios de três ou quatro andares, e a Lei n. 285, de 5 de junho de 1948, ter baixado o número até dois andares, cedendo à razão. Já vimos que tal interpretação destoaria das normas de entendimento da lei civil.

De modo que há diferentes relações de comunhão: a) a relação da comunhão *pro indiviso* (condomínio), que é relação de direito das coisas; 14 a relação da comunhão universal entre cônjuges, que pertence ao direito de família; o) a relação da comunhão parcial entre cônjuges, que também é de direito de família; *cl)* a relação da comunhão *pra divisa* de edifícios de um só andar, que foi também, até a entrada em vigor do Decreto-lei n. 5.234, de 8 de fevereiro de 1943, a dos edifícios de três, quatro e cinco andares, e até a entrada em vigor da Lei n. 285, de 5 de junho de 1948, a dos edifícios de dois andares; *e)* a relação da comunhão *pra divisa* dos edifícios de dois ou mais andares.

2.PAVIMENTO E ANDARES. O sótão, parte subterrânea da casa, é

pavimento, é andar, ou, se exíguo, dependência de um dos andares, ou do edifício. Também se tem por andar ou pavimento o apartamento acima do último andar, se, pertencente a esse (dúplex, ou tríplex, etc.), foi posteriormente separado. Sendo menos que um andar, porque aproveitou a cobertura, material e juridicamente não se considera como tal: é parte integrante, materialmente, do último andar; material e juridicamente, do apartamento a que se liga, não se separando do apartamento e, pois, do andar. Uma das é conseqüências é a de, sendo de um andar só com cobertura aproveitável, ou de um andar, havendo peças em cima (dúplex), ter-se de reger o edifício, se lhe tornamos apartamento e pois andar tais peças, a Lei n. 5.481, e não mais o direito civil comum.

§ 1.320. Regime da comunhão "pro diviso" de um só andar ou de dois ou mais andares, não-sujeita à legislação especial

1.EDIFÍCIO DIVIDIDO EM DUAS CASAS E CASAS GÊMEAS. EDIFÍCIO DE DOIS ANDARES. Uma vez que existe a comunhão *pro diviso* de um só andar, como se o edifício é dividido em duas casas (sem se dar a hipótese da unidade simplesmente material, casas ditas *gêmeas),* bem como a de dois ou mais andares, com um ou mais apartamentos em cada andar, mas sem uma das duas exigências da legislação especial (ser construído o edifício com material incombustível, ter três peças cada apartamento), o regime jurídico entre eles resulta do Código Civil e das particularidades mesmas da categoria jurídica. Isso quer dizer que muito há de comum e alguma coisa de diferente entre o regime deles e o dos apartamento nos prédios submetidos à legislação especial.

2.TRATAMENTO JURÍDICO DO SOLO COMUM. A primeira distinção é entre o tratamento jurídico do solo comum dos prédios térreos e o tratamento do solo comum dos prédios de dois ou mais andares. O art. 2.0 da Lei n. 5.481. de 25 de junho de 1928, estabeleceu: "O terreno em que assentam o edifício e suas instalações e o que lhe sirva a qualquer dependência de fim proveitoso, e uso comum dos condôminos e ocupantes, constituirão coisa inalienável e indivisível de domínio de todos os proprietários do prédio". Essa regra jurídica veio criar a *inalie nubilidade legal* separada do terreno e a *indivisibilidade legal* do que é de fim proveitoso ou de uso comum dos comuneiros ou ocupantes, à diferença das regras jurídicas do artigo 623, III, do Código Civil, em que se atribui ao condômino "alhear a respectiva parte indivisa ou gravá-la", e do art. 629:

“A todo tempo será licito ao condômino exigir a divisão da coisa comum”. É certo que, partindo desse princípio do livre pedido de divisão, a lei permitiu a indivisibilidade de origem negocial (arts. 629, parágrafo único, e 630).

Temos, pois: (a) Nos edifícios de dois ou mais pavimentos ou andares, submetidos à legis1ação especial, a lei estabeleceu *inalienabitidade* separada e *indivisibilidade* de tudo quanto é comum, isto é, de tudo, no prédio, que não é *diviso.* A primeira questão que surge é a da natureza da regra jurídica do art. 2.0 da Lei n. 5.481~de 25 de junho de 1928: se é de direito imperativo *(jus cogens),* ou de direito dispositivo, ou de direito interpretativo. De direito interpretativo não é, porque incide, fora de qualquer discussão, ainda se não há dúvida sobre o que se estabeleceu quanto às partes indivisas, ou sobre se nada se estabeleceu. Resta saber-se se é *jus cogens* ou jus *dispositivum.* Os juristas não lhe têm aprofundado o estudo. A regra jurídica é imperativa, mas somente no que se refere ao seu estrito objeto. Quanto ao terreno em que assenta o edifício, não há dúvida que a lei veda a qualquer comuneiro que aliene a sua parte e a todos, em reunião unânime, que o vendam sem venderem todos os apartamentos. Não há, porém, em vez do *Superficies solo cedit,* ou *Aedificium solo cedit,* o estranho * *Solum aedificio cedit;* o que acontece é apenas a unidade da coisa com as suas partes integrantes. Já aí vemos que a imperatividade da regra jurídica obsta a que a unanimidade aliene o que é comum sem o diviso e a que cada um dos comuneiros aliene a sua parte comum, sem o divíso. preciso prestar-se toda a atenção a esse duplo conteúdo da regra. Ao terreno “em que assentem o edifício e suas instalações” é que se refere a lei; portanto ao terreno que fica por baixo da construção ou construções (e. g., garagem à parte) e o indispensável como acesso à construção principal e às dependências (e suas instalações) *mais* o terreno que as leis de direito público, principalmente municipais, exigirem a certos edifícios ou aos edifícios de cada rua. Se ao edifício pertence terreno que excede às suas necessidades, isto é, que não é aquele terreno “em que assentem o edifício e suas instalações”, nem o que as posturas municipais e outras leis lhe exigem, o art. 2.0 da Lei n. 5.481 não é empecilho. Quanto a esse restante, ao que não e necessário, pela confusão objetiva em que se acham o terreno necessário e o útil ou supérfluo: ou a) o título da comunhão *pro diviso* o discriminou e o distinguiu, de modo que a confusão é somente material, podendo ser alienada cada quota nele, ou, por unanimidade de deliberação, todo ele; ou *b)* não houve discriminação e distinção, e a confusão no próprio plano jurídico submete esse resto ao regime do terreno necessário, que é o da inafenabilidade em separado e da

indivisíbilidade, *se* e *enquanto* não se procede àquela discriminação e divisão.

Assim, se o edifício tem o terreno AB, em que A é terreno necessário e é terreno apenas útil ou voluptuário, não tendo havido, no título, discriminação e distinção, os comuneiros podem pedir não a divisão *entre si* mas a divisão material e demarcação entre o terreno necessário e o terreno excessivo, embora útil. Feita a divisão material, postos os marcos, estabelece-se nova situação com a eficácia executiva e constitutiva da sentença, de modo que o regime de inalienabilidade e indivisibilidade cessa: cada comuneiro dessa parte indivisa, não subordinada à imagem jurídica do edifício, readquire o seu direito de pedir a divisão, se divisível a coisa, de alienar a sua parte; e a unanimidade dos comuneiros pode alienar o terreno juridicamente "distinto" do necessário ao edifício e suas instalações. Dá-se, então, aquilo a que já aludira ULPIANO, na L. 6, § 1, Ti., *cominunia praediorum tam urbanorum quam rusticorum,* 8, 4: dividiu-se o fundo em regiões *et sie partem tradidit pro divisa,* tornando-se cada trato de terra, não *pars fundi,* mas *fundus.*

Se, no pedido de separação do terreno não-necessário, os comuneiros estipularam alguma alteração ao regime dos condomínios, observam-se essas disposições; *e.* g., se disseram que continuaria a inalienabilidade das quotas, em igualdade de situações, a pessoas que não sejam os donos dos apartamentos.

Menos fácil é a solução quanto Aquilo "que sirva a qualquer dependência de fim proveitoso e uso comum dos condôminos ou ocupantes". Já não se trata de terreno necessário ao edifício e suas instalações, ~mas *de terreno* que sirva a qualquer dependência de fim proveitoso e de uso comum, como a piscina que há no quintal, o *studium,* o salão de festas, o cinematógrafo, o campo de tênis. A situação é a mesma que se desenhou quanto ao terreno necessário ao edificio e suas instalações. Algumas dependências de fim proveitoso e uso comum também podem ser necessárias; outras, não: de tal guisa, o terreno, que se preste ou sirva a dependências necessárias, necessário é; o terreno, que não sirva nem se preste a dependências necessárias, necessário não é. Os comuneiros têm aquela ação de divisão e demarcação a que nos referimos, com todas as conseqüências criadas pela eficácia da sentença que a julgar procedente.

(14 Nos edifícios de um só, ou de dois ou mais andares, porém os submetidos à legislação especial, em que há apartamentos, o terreno indiviso é sujeito ao regime comum: cada comuneiro pode alienar a sua parte, e a unanimidade aliená-lo todo; porém com a parte indivisa

vai a parte divisa. Regem os arts. 623, III, e 683 do Código Civil. Quanto à indivisão também os arte. 629 e 682 é que importam. Se o terreno é divisível sem prejuízo para os interessados, comodamente, então cabe a divisão material. É o caso do terreno *pro indiviso* em que o condômino edificou sem oposição dos outros figura velha e prestigiosa no direito luso-brasileiro.

Há, contudo, a notar-se que o edificio de dois ou de mais de dois andares, com apartamentos de donos diversos, é tido como *indivisivel,* por força de lei; ao passo que, sendo de um 80, ou sendo de dois ou mais, porém não submetido à legislação especial, ainda é a sua natureza que vai responder se é divisível ou não. Se é divisível *(e.*

g., pelo levantamento de parede), persistem a pretensão e a ação dos comuneiros para se proceder à divisão material. O caso do edifício de um andar, ou de dois ou mais, porém não submetido à legislação especial, e indivisível, é o meio termo entre o do edifício de um andar, ou de dois ou mais, não submetido à legislação especial, divisível, e o do edifício de dois ou mais andares, regido pela lei especial.

8.SEGURO DOS APARTAMENTOS. O seguro dos apartamentos, no caso de edifício de um só ou de dois ou mais andares, não submetido à legislação especial, não é *obrigatório.* Quer dizer: o art. 6.0 da Lei nº. 5.481 não é de invocar-se: porque somente concerne aos edifícios de dois ou mais andares submetidos à legislação especial.

Porém, ainda a!, é possível que a natureza do edifício faça necessário o seguro comum.

Diz o art. 6.0 do Decreto n. 5.481: “Se não for preferido o seguro em comum, cada proprietário de apartamento segura-lo-á obrígatoríamente contra incêndio, terremoto, ciclone, ou outro acidente físico, que o destrua em todo ou em parte”. No parágrafo único: “A reconstrução será sempre feita, guardadas obrigatoriamente a mesma forma externa e a mesma disposição interna, salvo acordo Unânime de todos os condôminos”.

4. RECONSTRUÇÃO. A reconstrução, em caso de deterioração, ou destruição do edificio, não é direito, nem pretensão, nem ação de cada comuneiro, se o prédio é de um só andar: cada qual continua com a sua parte indivisa no terreno e a sua parte divisa. Se o prédio é de deis ou mais andares, fio submetido à legislação especial, sendo cada comuneiro dono de um, ou cada comuneíro dono de um ou mais apartamentos do mesmo ou de diferentes andares, a destruição ou

deterioração do prédio deixa-o na situação de condôminos de terreno, com as quotas que o seu título lhes atribuiu. Assim, o art. 6. da Lei n. 5.481 não tem incidência em casos de comunhão *pro diviso* do edifício de. um só andar, dito térreo. Qualquer obrigação de seguro em comum ou qualquer obrigação de segurar contra incêndio, terremoto, Ciclone ou outro acidente físico, que o destrua no todo ou em parte, somente pode provir de negócio jurídico estranho à relação criada pela comunhão, salvo se consta do titulo mesmo. Então, foi o titulo, e não a lei, que estabeleceu a obrigação de segurar. O mesmo raciocínio havemos de desenvolver quanto à reconstrução.

No caso de se demolir o edifício de apartamentos e de se reconstruir a custa de todos, tem-se de considerar que a proporção entre 25 quotas é a que se há de observar a respeito do nôvo edifício. Se a estrutura é a mesma, a cada comuneiro toca o que antes lhe tocava; *salvo se foi estabelecido diferentemente.* Se, em vez de x apartamentos, há *2x,* cada dono de apartamento demolido há de receber dois. Tem-se de repelir, no direito brasileiro, que o nôvo edifício todo seja comum aos condôminos do solo, salvo se houve demolição sem o proposito de imediata reconstrução. O edifício nôvo somente se há de considerar comum aos condôminos do terreno se não há equivalência entre os dois edifícios, nem pluralização proporcional das partes divisas, ou se houve nôvo título quanto a essas. Nem se diga como faz L. SALIS *(II Condomínio negli edifici,* 17; *La Superfície,* 14 s.) que a afirmação contrária resulta de não derivar do condômínio do solo a propriedade no direito italiano superficiária dos diferentes apartamentos, ou andares, em diferentes pessoas, mas da compropriedade do inteiro edifício nos condôminos do solo. A compropriedade das partes comuns do edifício emana da compropriedade do solo; a exclusividade da propriedade das partes divisas provém de operação prá-elidente da compropriedade, segundo a qual quem tem a quota no solo tem, ao lado das partes indivisas, acessões *à pars dominica* que lhe corresponde. A novidade consiste em acederem porções do edifício às *partes dominicue,* e não ao solo indiviso. A construção como acessão ao solo indiviso seria *pro parte;* e às vêzes ao tamanho da *pars dominica* não é proporcional a parte divisa (o apartamento).

5. DESAPROPRIAÇÃO. A Lei n. 5.481 enunciou: “No caso de desapropriação, será a indenização de cada proprietário regulada pelo valor locativo de seu apartamento no ano anterior ao decreto que o declarar de utilidade ou necessidade pública” (art. 7.0). No parágrafo único: “A desapropriação alcançará sempre a totalidade do edifício em todas as suas dependências”. Essas regras não se referem aos edifícios de „um só andar; e o principio de que a desapropriação do edifício de

dois ou mais andares, não submetido à legislação especial, não pode ser em parte divisa assenta em que, se é certo que o dono do primeiro ou do segundo andar, ou de apartamento do primeiro ou do segundo andar, é dono de parte divisa, também é certo que lhe toca, *indivisivel)* te, parte do solo todo. Ter-se-ia, antes, de proceder à demão do terreno, se o desapropriante apenas pede a desapropriação *(e* ~arte do terreno, caso em que somente são sujeitos a desapropriação os apartamentos construídos sobre essa parte *tornada divisa.* Naturalmente, a favor do dono ou dos donos dos outros apartamentos, está o art. 37 do Decreto-lei n. 8.365, de 21 de junho de 1941: "Aquele cujo bem for prejudicado extraordinariamente em sua destinação econômica pela desapropriação de áreas contíguas terá direito a reclamar perdas e danos do expropriante".

6. ADMINISTRAÇÃO Também o art. 82 da Lei n. 5.481 é estranho à comunhão *pro diviso* em edifício de um só andar, ou de dois ou mais andares, não submetido à legislação especial. Ou os comuneiros acordaram em administração comum, ou não acordaram; tudo se trata como sendo eles condôminos, como são, do que é *comum,* e vizinhos, no que não no são *(e. g.,* nos apartamentos). A maioria absoluta pode resolver sobre a administração e o administrador, calculando-se a maioria pelo valor dos quinhões (Código Civil, arts. 635 e §~ 1.0 e 2.0, 637 e §

1.0). Havendo empate, o juiz decide (art. 687, § 2.0). Nada obsta a que, no título que estabeleceu a comunhão *pro diviso,* ou em negócio posterior, se adote como conteúdo de vontade o art. 8.0 da Lei n. 5.481. Então é como declaração de vontade, e não como lei, que ela se observa.

7. A LEI N. 5.481, DE 25 DE JUNHO DE 1928, ARTS. 9 E 10. Também os arts. 9 e l0 não regem a comunhão *loro diviso* de edifício de um só andar. É aos arts. 624-627 e 688 do Código Civil que se recorre. Diz o art. 9º da Lei n. 5.481: "Anualmente, os proprietários de apartamentos, votarão, por maioria, a verba, para as despesas comuns de conservação do edifício, concorrendo cada interessado, dentro do primeiro mês do trimestre, com a quota que lhe tocar para o custeio, de acordo com o valor de sua propriedade. As decisões da maioria em relação ao orçamento dessas despesas serão comunicadas aos interessados ausentes por meio de carta registrada e edital".

E o art. 10: "As obras que interessarem à estrutura integral do edifício ou ao seu serviço comum serão feitas com o concurso pecuniário de

todos os proprietários de apartamentos mediante um orçamento prévio aprovado nos termos do artigo anterior, podendo delas ser encarregado o administrador a que se refere o art. 8.~,,. Rege, conforme se disse, o Código Civil, arts. 624-627 e 638.

8.A LEI N. 5.481, ART. 11. Quanto ao art. 11, cumpre distinguir: a)Nenhum dos comuneiros, na comunhão *pro diviso* de um só andar, ou de dois ou mais andares, não submetida à legislação especial, pode alterar a coisa comum sem o consenso dos outros (Código Civil, art. 628) ; porém nem sempre a "forma externa da fachada" é de natureza tal que a mudança, na parte correspondente ao comuneiro que para ela tenha a parede de frente ou de lado ou de trás, constitua quebra da unidade arquitetônica, ou de estilo. Há, previamente, questão *a posteriori* se a forma exterior da fachada é unidade que não se deva mudar. Em vez da regra ~cogente, o que alguns lêem, errada-mente, como regra de presunção *juris et de zure* (~ de presunção que não admite prova em contrário), que se contém no art. 11 da Lei n. 5.481, no tocante aos edifícios de dois ou mais andares, submetidos à legislação especial, somente há, para os edifícios de um só andar, ou de dois ou mais, se não submetidos à legislação especial, a presunção *inris tantum.* (Ao f alarmos das comunhões em edifícios de dois ou mais andares, submetidos à legislação especial, discutiremos se o art. 11 da Lei n. 5.481 é *jus cogens,* ou *jus dispositivum.)* b)A decoração das paredes e esquadrias externas com tonalidades ou cores diversas das empregadas no conjunto do edifício segue os mesmos princípios expostos sob a letra a).

c) o estabelecimento de enfermarias, oficinas, laboratórios ou instalações perigosas ou que produzam ruido incômodo é vedado pela Lei n. 5.481, art. 11, *e),* que assim *limitou* o direito de propriedade dos proprietários de apartamentos em edifício de dois ou mais andares, submetido à legislação especial, e *criou* o direito subjetivo, as pretensões e as ações dos comuneiros prejudicados. Os comuneiros de edifícios de um só ou de dois ou mais andares, não submetidos à legislação especial, têm, certamente, como. os outros, de respeitar o art. 578 do Código Civil, que diz: "As estrebarias, currais, pocilgas, estrumeiras e, em geral, as construções que incomodam ou prejudicam a vizinhança, guardarão a distância fixada nas posturas municipais e regulamentos de higiene"; não sofrem, porém, a *limitação* que resulta do art. 11, *e),* da Lei n. 5.481. O outro ou os outros comuneiros podem invocar os arts. 554 e 555 sobre o mau uso da propriedade, ou, o que é diferente, segundo mostramos, o *abuso do direito* (Código Civil, artigo 160, 1).

d)O mesmo raciocínio cabe quanto ao ad. 11, *d),* onde se lê "embaraçar o uso dos corredores e caminhos internos ou lançar-lhes detritos, águas ou impurezas". Cp. Código Civil, arts. 583-585 e 554.

e)A comunhão *pro divisa* em edifício de dois ou mais andares, sujeito à legislação especial, subordina-se ao art.

11, e), que veda, a qualquer proprietário de apartamento, "o emprego de qualquer processo de aquecimento suscetível de ameaçar a segurança do edifício ou prejudicar-lhe a higiene e a limpeza". A comunhão pro diviso

em edifício de um só, ou de dois ou mais andares, não submetidos à legislação especial, subordina-se ao art. 583

do Código Civil.

De ordinário, as limitações que sofre o direito dos comuneiros na comunhão *pro diviso* em edifício de um só andar, ou de dois ou mais, não submetido à legislação especial, também as sofrem os comuneiros na comunhão *pro diviso* em edifício de dois ou „mais andares, submetido à legislação especial. Porém não vice-versa.

No art. 11, diz a Lei n. 5.481: "É vedado a qualquer proprietário de apartamento: a) mudar a forma externa da fachada ou a distribuição interna dos compartimentos; *b)* decorar as paredes e esquadrias externas com tonalidades ou cores diversas das empregadas no conjunto do edifício; *e)* estabelecer enfermarias, oficinas, laboratórios ou instalações perigosas ou que produzam ruído incômodo; *d)* embaraçar o uso dos corredores e caminhos internos ou lançar-lhes detritos, águas ou impurezas; *e)* o emprego de qualquer processo de aquecimento suscetivel de ameaçar a segurança do edifício ou prejudicar-lhe a higiene e a limpeza".

9.COMPARAÇÃO SUCINTA ENTRE OS DOIS REGIMES. Em resumo, podem-se formular algumas proposições: *Edifício de um, dois ou mais andares, não sujeito à legislação especial o* comuneiro, condômino da parte AB do terreno, pode alienar A ou B, separadamente. O seguro não é obrigatório.

No caso de desapropriação do prédio de um só andar, a indenização não é segundo o valor *locativo* no ano anterior *(regra dispositiva),* e sim segundo o valor da parte indivisa no terreno + valor locativo.

A administração rege-se somente pelo Código Civil (arts. 635 e §§ 1.~ e 2.0). *Dispositivamente* Código Civil, arts. 624-627, 638.

Unidade da fachada, presunção *juris tantum.*

Direitos de vizinhança: Código Civil. *Edificio de dois ou mais andares, sujeito à legislação especial* Não. É

obrigatório. Cabe a regra dispositiva (Lei n. 5.481, art. **70)** A administração rege-se pela Lei n. 5.481, art. 8.0.

Lei n. 5.481, arts. 9. e 10.

Unidade da fachada, em virtude de regra jurídica cogente.

Código Civil, e Lei n. 5.481, art. 11.

§ 1.321.Instituição legislativa da propriedade em comunhão "pro diviso" 1.TEXTOS LEGISLATIVOS. Três textos regulam, hoje, a comunhão *pro diviso* nos edifícios de apartamentos de dois ou mais andares, sendo que o terceiro diploma estendeu a legislação anterior, que só se referia a "mais de cinco andares" e o quarto diploma o corrigiu para dois, como deveria ter sido desde o começo.

(a) Lei n. 5.481, de 25 de junho de 1928, art. 1.0: "Os edifícios de mais de cinco andares *(hoje, dois ou mais),* construídos de cimento armado ou matéria similar incombustível sob a forma de apartamentos isolados, entre si, contendo cada um, pelo menos, três peças, e destinados a escritórios ou residência particular, poderão ser alienados no todo ou em parte, objetivamente considerada, constituindo cada apartamento uma propriedade autônoma, sujeita às limitações estabelecidas nesta lei". Parágrafo único: "Cada apartamento será assinalado por uma designação numérica, averbada no Registro de Imóveis, para os efeitos de identidade e da numeração".

Seguem-se os arts. 2.012, de que falaremos oportunamente.

(b) Decreto n. 4.857, de 9 de novembro de 1939, artigo 249 (redação do Decreto n. 5.318, de 29 de fevereiro de 1940) : "A transcrição dos atos transiátivos da propriedade de edifícios de mais de cinco andares *(hoje, dois ou mais),* construídos de cimento armado ou de matéria

similar incombustível, sob forma de apartamentos isolados entre si, contendo cada um, pelo menos, três peças e destinados a escritórios ou residências particulares, compreenderá os mesmos edifícios no todo ou em parte, objetivamente considerada, neste último caso constituindo cada apartamento uma propriedade autônoma

§ 1.0: "Cada apartamento será assinalado por uma designação numérica e descrito com os requisitos necessários à averbação". Art. 178: "No Registro de imóveis será feita: e) a averbação: IX dos apartamentos, em edifícios de mais de cinco andares *(hoje, dois ou mais),* nos termos da Lei n. 5.481, de 25 de junho de 1928, para efeito exclusivo de discriminação e de numeração". (c)Decreto-lei n. 5.234, de 8 de fevereiro de 1943, artigo 1.0: "O

art. 1.0 do Decreto n. 5.481, de 25 de junho de 1928, passa a vigorar com a seguinte redação: "Art. 1.0 Os edifícios de três ou mais pavimentos, construídos de cimento armado ou material similar incombustível, sob a forma de apartamentos isolados entre si, contendo cada um, pelo menos, três peças, e destinados a escritórios ou residência particular, poderão ser alienados no todo ou em parte, objetivamente considerada, constituindo cada apartamento uma propriedade autônoma, sujeita às limitações estabelecidas nesta lei". Foi publicado no *D. O.,* a 10 de fevereiro de 1943.

Apartamento, aí, é o *diviso* mais o *indiviso.*

(d) Lei n. 285, de 5 de junho de 1948, art. 1.0: "Os edifícios de dois ou mais pavimentos construídos de cimento armado ou material similar incombustível, sob a forma de apartamentos isolados entre si, que contiverem cada um, pelo menos, três peças, e destinadas a escritórios ou residências particulares, poderão ser alienados, no todo ou em parte, objetivamente considerados e constituirá cada apartamento propriedade autônoma sujeita às limitações estabelecidas nesta lei".

Completou-se assim a correção ao pensamento de 1928, que, com a limitação dos cinco andares, tiver sitos estranhos à. técnica jurídica.

Cumpre observar-se que ficaram fora do alcance da Lei n. 285: a) os edifícios com partes divisas de um só andar, cuja compropriedade *pro diviso* se deve entender, todavia, subordinada à exigência higiênica das três peças (princípio cogente, que se ingeriu no direito privado e no direito público, desde 1928, com a Lei n. 5.481, art. 1.0, quer se trate de escritórios quer de residências) ; *b)* os edifícios de dois ou mais andares feitos com material combustível *(e.* g., madeira).

2. ANDAR E PAVIMENTO. Além da extensão aos edifícios de dois, três, quatro, cinco e mais andares, por bem dizer ficou „estacionária a legislação. A substituição da palavra "andar" pela palavra "pavimento" é sem conseqüências. *Andar* é ordem de aposentos ou casas que está no mesmo nível; é a andaina de casas, como dizia ANTÔNIO PINTO PEREIRA, na *História da Índia. Pavimento* é o mesmo andar, apenas mais se considera o *sólho,* ou *soalho,* ou *pavimentação,* que a *ação humana,* que deu "andar", "andaina", "andaime", "andaimai,

"andaimaria". Os clássicos falam do andar da rua, de modo que o rés-do-chão é andar e é pavimento, salvo se tem aplicação comum ou secundária (privativa, mas parte divisa integrante do andar ou apartamento do primeiro andar).

§ 1.322. Interpretação das leis sobre apartamentos

1.A CATEGORIA JURÍDICA 1) 0 APARTAMENTO E O DIREITO BRASILEIRO. É preciso ter-se muito cuidado no estudo da categoria jurídica do apartamento, como todo, no sistema do direito brasileiro. Têm-se de interpretar a Lei n. 5.481, de 25 de junho de 1928, e o Decreto-lei n. 5.234, de 8 de fevereiro de 1943, seguido da Lei n. 285, de 5 de junho de 1948, como sendo coleção de regras jurídicas que se inseriram no direito civil brasileiro, para se tornar mais facilmente construivel, dentro dele, a comunhão *pro diviso* dos edifícios de apartamentos, se de dois ou mais andares. Não se fêz tábua rasa do direito das coisas que nos regeu até então; apenas se obviou a algumas dificuldades de ordem teórica e prática: *a)* admitiu-se, explicitamente, nos edifícios de dois ou mais andares (Lei n. 285, de 5 de junho de 1948, art. 1.0), a propriedade à parte, o domínio do apartamento com a sua quota no terreno (parte divisa + parte indivisa) e nas demais partes, comuns, do edifício; b) diante do Decreto n. 169-A, de 19 de janeiro de 1890, art. 4º, § 89 (que dizia: "O imóvel comum a diversos proprietários não pode hipotecar-se na sua totalidade sem consentimento de todos; mas cada um pode hipotecar individualmente a parte, que nele tiver, se for divisível, e só a respeito dessa parte vigorará a indivisibilidade da hipoteca. Não é admissível ao Registro uma hipoteca de imóvel possuído em comum sem o consentimento dos co-proprietários, ou divisibilidade manifesta"), o art. 30 da Lei n. 5.481 excluiu "a restrição do art. 49, § 8(»" se bem que fosse supérfluo, uma vez que a concepção da comunhão *pro diviso* já implicava "divisão", o que é mais do que "divisibilidade" (cp. Código Civil, art. 757) ; e) permitiu-se (art. 5.0), explicitamente,

independência perante a Fazenda Pública, que teve de admitir o lançamento e pagamento diretos, separados, de tributos (impostos, taxas), quer federais, quer estaduais, quer municipais, "como se tratasse de prédios isolados"; *d)* ditou-se (art. 6.0) regra *dispositiva* sobre o seguro do prédio, mais a regra essa *ius cogens* do *dever de segurar,* por parte de cada comuneiro; *e)* também dispositivamente se estabeleceu (art. *69,* parágrafo único) que a reconstrução tem de ser feita "guardadas obrigatoriamente a mesma forma e a mesma disposição interna"; 1) regulou-se a matéria da desapropriação (art. 7.0) ; g) tratou-se da administração do edifício de apartamento (arts. 8.0 e 99) e das obras que interessem "à estrutura integral do edifício ou ao seu serviço comum" (art. 10).

2.REGRAS DE INTERPRETAÇÃO. Sempre que se tem de interpretar algum texto legal, para se revolver questão de comunhão *pro diviso,* é preciso: a) que se verifique se trata de parte integrante divisa ou se de parte integrante indivisa, pois, no segundo caso, os princípios gerais são os da propriedade comum; *b)* que se não ponha em segunda plana o direito das coisas, que é dominante e dá, quase sempre, a relação jurídica fundamental (sempre, tratando-se de propriedade em edifício de apartamentos) ; c) que se indague, desde logo, se é cogente, dispositiva ou interpretativa a regra.

§ 1.323. Interpretação dos negócios jurídicos da comunhão "pro divisa" 1.DIREITOS E DEVERES DOS COMUNEIROS. REGRAS DE INTERPRETAÇÃO. A respeito de interpretação dos atos jurídicos (negócios jurídicos) relativos aos direitos e deveres dos comuneiros dos apartamentos, convém terem-se em vista algumas regras: (a) Tem-se, nos negócios jurídicos sobre constituição da comunhão *pro diviso* em edifício de „apartamentos, de procurar qual o sentido que é decisivo para se saber até onde a declaração de vontade fêz comum ou divisa a parte integrante do prédio; salvo o terreno e o esqueleto que são por lei e por sua natureza comuns. Não é única, como fora no antigo direito romano e nos demais sistemas jurídicos do passado, a interpretação literal. Isso, desde o *jus gentium,* perdeu a sua razão de ser; e o art. 85 do Código Civil ("Nas declarações de vontade se atenderá mais à sua intenção que ao sentido literal da linguagem") corresponde a linha histórica que se vê no ti *conventionibus contraflentium voluntatem potius quam verba spectari placuit* (L. 219, D., *de verborum significatione,* 50, 16), que é de PAPINIANO, e no *Pactum non minus ex verbis quam ex mente convenientium aestimandum est* (L. 7, § 8, D., *de pactis,* 2, 14), que é de IJLPIANO. De modo que outros mais dados que os da palavra escrita podem ser utilizados, se são mais

enérgicos para se determinar o verdadeiro sentido da declaração de vontade. Tem-se de procurar a vontade real, tanto quanto se

"declarou".

(b) Em sua maioria, as declarações de vontade que se encontram nos negócios jurídicos de comunhão *pro diviso* são declarações de vontade receptícias, de modo que a interpretação tem de levar em conta que *só* se há de considerar declarado o que o destinatário *podia* conhecer, salvo se, dadas as circunstâncias especiais do caso, *devia* conhecer, ou efetivamente conheceu.

(c)Se o incorporador (figura de que trataremos) usou

de proclamas ou anúncios públicos, a interpretação somente pode levar em conta o que geralmente se podia conhecer, ou que deriva do documento mesmo; de modo que as circunstâncias especiais somente pesam, se o *unus ex publico,* de cujos direitos e obrigações se trate, efetivamente as conheceu ou tinha de as conhecer (cf.

BOVENS, Grenzen zwischen Tatfrage und Rechtsfrage, *Sàehs. Archir,* 14, separata, 196 s.).

(d) A interpretação de cada negócio jurídico tem de atender à interpretação dos outros negócios jurídicos relativos ao mesmo prédio, para que não haja contradição entre elas, tendo-se, por exemplo, como lugar privativo numa o que na outra é comum. Mas isso atende à praticabilidade do que se convencionou nos negócios jurídicos, e não exclui a responsabilidade do que se obrigou acima ou contraditoriamente com outras obrigações assumidas antes ou depois. Tem-se de *integrar* e *completar* o negócio jurídico, mas também de integrar o negócio jurídico plural da incorporação e o negócio jurídico da *divisão* para constituição da comunhão *pra divisa.*

(e) De modo que o intérprete, ou juiz, tem de extrair da categoria jurídica que se tem por fito e dos usos locais, das circunstâncias, que costumam acompanhar o negócio da incorporação e da comunhão *pra divisa* nos edifícios de apartamentos, e das experiências da vida, o que, dentro do direito, é o máximo de vontade declarada que se pode praticar, *completando* e, até, *retificando* essa vontade, a fim de que *valha* no máximo possível (cr. E.

LARENZ, *fie Methode der Auslegung des Rechtsgeschdfts,* 92 s.).

2.A L. 28, D., "COMMUNI DIVIDUNDO", 10, 3. Na L. 28, D., *communi dividundo,* .10, 3, diz-se que "in re enim pari potiorem causam esse

prohibentis constat". Esse princípio, que se tem lido como "Em igualdade de causa, melhor é a posição de quem proibe", não obriga o juiz que aplica o direito brasileiro. Entra na classe das regras de interpretação *para casos de dúvida,* que apenas servem de expressão tradicional a experiências da vida; como outros: *a)* Na dúvida, deve-se interpretar o contrato do incorporador, pois que o redigiu, contra ele, e não contra os comuneiros. ii) Na dúvida, tratando-se de obrigações, considera-se querida a quantidade menor (L. 34, *in une,* D., *de regulis iuris antiqui,* 50, 17, de incidência restrita, em se tratando de obrigações unilaterais).

8.RELAÇÃO DE DIREITO E INTERÉSSE (CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, ART. 2.0). Quando se exige que o autor tenha interesse (Código de Processo Civil, art. 2.0), naturalmente se invoca relação de direito que o justifique. Tratando-se de condomínio, nenhum dos condôminos pode atuar sem ser para os atos que a lei lhe permite praticar sozinho, ou para os atos que obtiveram consentimento dos outros condôminos. Se falta esse consentimento, de modo expresso, o ônus da prova cabe a quem o afirma. Aí pode intervir a máxima de ser melhor a condição de quem proibe; porém, se não houve oposição, quando podia ser eficiente, não se há de exigir a repristinação, e sim apenas a indenização do dano. Tudo isso tem incidência: *a)* se há comunhão *pro indivisa* e no terreno comum o condômino, sem oposição dos outros, constrói casa sua, porque não mais cabe a nunciação de obra nova nem a demolitória; *b)* se, na comunhão pra *divisa,* está em causa o edifício mesmo no seu exterior, ou terreno, ou parte comum.

§ 1.324. Comunhão "pro diviso" e posse

1.POSSE DO COMUNEIRO. TRADIÇÃO DO NOSSO DIREITO (ANTONIO COMES, MIGUEL DE

REINOSO, DIOGO GunREmo, MANuEL DE ALMEIDA E SOUSA). O comuneiro, na comunhão *pro divisa,* se tem posse, tal posse é tratada como a de qualquer outro. Cedo foi assente isso no direito português e, depois, no direito luso-brasileiro. ANTÔNIO COMES, em *Variarum Resaiu% lijonum Libri tres* e no *Opus super Legibus Tauri,* aludiu ao interdito recuperatório da parte divisa; e MIGUEL DE REINOSO *(Observationes Practieae,* 186) viu bem o problema da posse *pro indiviso* e da posse *pro divisa:* "Pars certa pro diviso vel pro indiviso possidetur". Tanto tem posse o que possui a parte intelectual ou ideal como o que possui a parte divisa. Ambas são *in re certa.* Se bem que editasse casos, MANUEL DE ALMEIDA E SOUSA *(Tratados dos*

Interditas, 190) não no disse melhor. Incluiu, com razão, aquele que lembrara a DIOGO GUERREIRO, dos herdeiros ou sócios que, "por arrumação antes das partilhas", se põem de posse de partes divisas.

2.PARTICULARIDADES DAS RELAÇÕES POSSESSÓRIAS. TERES EM TORNO DE TEXTOS. O

ACERTO DE A. RÂNDA E DE RUDOLF. Em todo o caso, a comunhão *pro diviso* apresenta a particularidade antinômica, aparente, da divisão *na comunhão;* e alguns princípios se extraem das relações possessórias que soem acontecer.

Há posse do diviso, e composse do indiviso (terreno e partes indivisas do edifício). Já o direito romano compreendera a posse da parte ideal, graças a concepção filosófica da importância da representação, do *inteilectus,* sendo de notar-se que exigia que o possuidor tivesse conhecimento do tamanho dessa parte indivisa (POMPÔNIO, na L. 26, D., *de adquirenda rei a.mittenda possessiane,* 41, 2). Quem ignora o objeto da posse, nem lhe fazer a tradição nem o adquirir pode, porque se trata de incerto: "qui ignorat, nec tradere nec accipere id, quod incertum est, potest". Mais tarde, MARCIANO, na L. 48, pr., D., 41, 2, insistiu. Se há *ignorantia,* não há *cansilium,* nem *animus;* a parte é incerta, e "Incertam partem possidere non potest"; "portanto, se num terreno há muitos, que ignorem que partes cada um possui, escreve Labeão que, em estrito rigor, nenhum deles possui: ideo si plures sint in fundo, qui ignorent, quotam quisque partem possideat, neminem eorum mera subtilitate possidere Labeo scribit" (L. 82, § 2, D., *de usurpationibus et usucapionibus,* 41, 3). ULPIANO, na L. 1, § **7,** D., *uti passidetis,* 43, 17, escreveu: "Esse interdito tem lugar ou se um dissera que possui todo o fundo, ou se o possui em certa parte, ou se indivisamente" (Hoc interdictum locum habet, sive quis totum fundum possidere se dicat, sive pro certa parte, sive pro indiviso possideat). Erraram na interpretação do texto F. VON SAVIGNY *(Das Reeht des Besitzes,* 262, nota 4), e B. WINDSCHEID *(Lehrbueh,* 1, 758-759, nota 12), que entendiam houvesse sido dispensado o saber do tamanho da parte. Introduziram, como pensamento romano, o pensamento moderno.

LABEÀO não aventurara "sutileza", bizantinice, no sentido de hoje, pejorativo. "Mera subtilitas" e o rigor lógico, o que decorre lôgicamente. O mais seria "utilitas", concessão à vida. Também L. PININSKI *(Der Tatbestand des Sachbesitzerwerbs,* II, 192 s.) errou. Certo, A. RANDA *(Der Besitz,* 510, nota 17) também, RUDOREF, à nota

„79 à **„7 a** edição do livro de SAVIGNY, KARL MIESCEER (Die Besitzinterdicte unter Mitbesitzern, *Archiv fúr die civilistische Prazis,* 59, 200-202), O. WENDT *(Das Faustrecht,* 119 s.), 1-1. DERNEURO *(Pandekten,* 1? ed., 1, 394; **8**a ed., 1, 293) e PAUL SoICOLOWSKI *(Der Besitz im klassischen Recht,* 193 e 414-414). Veja Tomo X,

§ 1.074.

3.IGNORÂNCIA DA QUOTA. A concepção contemporânea da posse não exige que o possuidor da parte indivisa saiba qual é a sua quota. Na teoria adotada pelo Código Civil, em que se abstrai do *animus,* seria absurdo exigi-lo. Isso facilita a solução:

a)O possuidor do apartamento é possuidor de parte integrante indivisa do todo, que se compõe do terreno e das partes indivisas no edifício, como outras partes integrantes, que são, desse todo. E possuidor do diviso.

b)Não é preciso que o possuidor saiba qual a quota que compete ao dono do apartamento, assim no terreno como em quaisquer partes comuns do edifício ou dependências (partes integrantes ou pertenças). A posse é desse *todo,* naturalmente restrita ao diviso, quanto ao apartamento, e, segundo a concepção hodierna, da coisa toda em comum (composse) : não se exige a precisão metafísica romana da parte ideal, da *quota,* **,** a cindir a integridade do substrato físico. Nós temos a posse como fato inter-humano, de modo que não levamos em conta relação entre o homem e a coisa; o que nos importa é a relação dos homens entre si. Foram memoráveis aquelas palavras de O.

VON GIERKE *(Deutsches Privatrecht,* II, 222, nota 54) quando viu no compossuidor o co-portador (Mittrager) de pluralidade unida de pessoas; porém essa imagem deixava fora o caso da perda das ações possessórias por alguns compossuidores e a vitória de um ou de alguns.

4. POSSE PRÓPRIA. O comuneiro pode ser compossuídor, ainda que suponha ser menor ou maior a sua quota, ou ser só sua a posse. O herdeiro do edifício de apartamentos que pensa tê-lo herdado todo, por ignorar que havia apartamentos vendidos ou doados, em vida, pelo testador, ou haver disposição de última vontade sobre alguns deles, inclusive todos menos um, tem a posse do apartamento ou dos apartamentos restantes, e a das partes indivisas correspondentes. Assim, MARTIN WOLPF (Der Mitbesitz nach dem BGB., *Jherings Jahrblicher,* 44, 155). Se os comuneiros acordam em que cada um sê-

mente use uma das salas comuns, a propriedade continua comum, e não a posse. Errara, a respeito, F. ENDEMANN *(Lehrbuch,* II, 165, nota 9), mas explicou, depois, o seu pensamento: a utilização *pra divisa,* sendo compossuídor alguém, *pode* não ser exclusão da composse (9.~

ed., II, 216, nota 17). Com razão: os comuneiros do edifício somente perdem a composse das salas comuns se nasceu aos outros o direito à posse sozinha. Se houve, apenas, acomodação, *modus vivendli,* em plano de cortesia ou de tolerância, não se substituiu posse a composse.

5. COMPOSSE E USO. Qualquer discussão, sobre a extensão do uso a que tem direito o comuneiro, é estranha à composse. Nunca se poderiam admitir, nas ações possessórias, questões como "Qual é a quota do dono do apartamento A no terreno?", "Qual a quota do dono do apartamento A nos salões comuns ou corredores?", ou mesmo „Qual o dia ou semana em que o dono do apartamento A tem direito à lavanderia?", se bem que possa o comuneiro pedir proteção possessória por ter as chaves do salão ou da lavanderia e ter direito até o dia x, ou por terem sido expulsos do salão ou da lavanderia os empregados privativos quando trabalhavam ou abriam, no período que lhe toca, o salão ou a lavanderia.

6.TRANSFORMAÇÃO DA POSSE DO COMUNEIRO. O comuneiro defende a sua composse contra o outro comuneiro que quer transformar, ou transformou a sua em posse sozinha. Rege o art. 488 do Código Civil, que é de inspiração diferente da que teve o Código Civil alemão, § 866. Veja Tomo X, § 1.121, 2.

7.COMUNEIRO QUE ADMINISTRA. O comuneiro que administra é também possuidor, segundo o ad. 486 do Código Civil e o art da Lei n. 5.481, de 25 de junho de 1928. Não pode, porém, invocar o ad. 640 do Código Civil, como também não poderia invocá-lo qualquer condômino, nas relações entre condôminos de terreno e partes indivisas do edifício e dependências, pois que então teria de afirmar e fazer a prova de que administra por *escolha* e de que tem *direita* ao cargo.

CAPÍTULO 1

PERÍODO PRÉ COMUNIAL

§ 1.325. Inicio do período pré-comunial

1.INICIAS DA ORGANIZAÇÃO PREVIA. Quem tem algum terreno e o divide, *lateja-o,* e faz terrenos autônomos, *fundi,* o que era parte integrante, *pars,* do terreno anterior. Se no terreno há duas casas e satisfazem as exigências de direito público, a linha que dividiu o terreno fará dois terrenos, a que acederam as duas casas. Cada um terá a sua parte integrante em construção e as próprias servidões podem passar pela contingência de pertencerem umas a um terreno e outras a outro, ou de somente recairem sobre um deles, ou se distribuírem pelos dois. O que decide é a sua construibilidade prática (Código Civil, art. 707). -

A comunhão *pra divisa* supõe negócio jurídico que a tenha constituído, ou de que tenha resultado; *e.* g., a escritura de incorporação, a compra da parte indivisa da.fazenda com uma das casas e aquiescências dos outros condôminos do terreno. Seja como for, esse período pré-comunial é digno de estudo. No momento em que o condômino do terreno permite ou não se opõe a que outro condômino edifique no terreno comum, a comunhão *pra divisa,* se não se estabeleceu, pelo menos se esboçou com a restrição à acessão dos materiais à parte indivisa, em vez de ao todo. Um dos instrumentos com que contou o Brasil, nos séculos da sua formação econômica, foi o da transformação trifásica dos seus grandes latifúndios em latifúndios menores: a) grande latifúndio; 19

edificação da casa própria da filho, ou das casas próprias dos filhos ou genros, ou dos irmãos co-herdeiros, na terra comum; o) partilha e divisão material do latifúndio ou divisão material somente, criando-se duas fazendas, três, ou mais, com as terras do latifúndio. A comunhão *pra divisa* foi precisamente, a situação jurídica das terras durante a fase 19. Essa comunhão *pra divisa* havia de ser transitória, proviesse de aproveitamento e edificação por ato do chefe de família (doação, adiantamento de legítima, dote), ou de *madus vivendi* entre herdeiros.

Algumas vêzes eram os engenhos de açúcar que estabeleciam a divisão a despeito da comunhão das terras; ou os engenhos e o uso de certas terras.

2.NEGÓCIO JURÍDICO QUE DIVIDE. Outro momento em que surge a comunhão *pra divisa* é aquele em que os condôminos assentem em que um deles venda ou doe a sua parte indivisa no terreno e reconhecem que foi o vendedor quem construiu a casa, ou em que lhe designam

essa casa como acessão da sua parte indivisa.

3.EDiFício DE APARTAMENTOS. Porém o que mais nos interessa é a comunhão *pra divisa* no edifício cuja própria construção obedeceu a planos de *apartamentos,* quer dizer número de peças suficientes para residência, comércio, escritório, ou pequena indústria, ou outra utilização à parte. A destinação exerce, então, todo o seu influxo. A indivisibilidade, a que o direito é hostil, manto que a limita *no tempo* (Código Civil, art. 629, parágrafo único), se bem que o rigor sofra a atenuação nos casos de construção que torne indivisíveis edifício e terreno (Código Civil, art. 532), passa a ser de direito cogente: Primeiro, o terreno, com a sua divisibilidade natural, e a vedação"da indivisibilidade de origem negocial, que ai funciona como regra de permanência só excetuável *par algum tempo.*

Segundo, a unidade do edifício que vem excluir a ação de divisão, o corte, com o exemplo flagrante da *edificatia* que, parte integrante pela acessão, faz indivisível o fundo.

Terceiro, o edifício que, além da unidade, que o faria indivisível, se destina a obviar aos inconvenientes da proibição da divisão e aos inconvenientes da inalienabilidade da parte sem as regras do condomínio (Código Civil, art. 1.139).

Tal comunhão *pra divisa* escapa à vedação da longa indivisibilidade, a lei mesma é *ius cagens* no fazer indivisível o terreno. Escapa à pretensão à venda da coisa, pois não há mais os pressupostos do Código Civil, art.

1.139.

O momento em que nasce essa comunhão *pra divisa* é aquele em que há dois proprietários pelo menos do terreno e a construção *se iniciou,* constando do Registro. Esse constar do Registro apenas atende a que, falando de comunhão pra *divisa,* somente nos referimos à instituição de direito das coisas.

4.PERÍODO PRE-COMUNIAL. Todo o período em que se planeja a comunhão *pra divisa* é dito período pré-

comunial. Pré-comunial-real, se o estendemos até a constituição do direito real pelo Registro do edifício, ainda que em construção; pré - *comunial-obrigacional,* se não há, ainda, as figuras dos comuneiros *pro divisa.*

Ao negócio jurídico ou a série de negócios jurídicos que preparam a comunhão *pro divisa* chamou-se *incorporação.* O uso escolheu o termo.

5.INCORPORAÇÃO. O negócio jurídico ou série de negócios jurídicos que - faz a incorporação é, de regra, negócio jurídico ou série de negócios jurídicos inominados; porém contém, necessariamente, promessa, opção, ou compra-e-venda de apartamentos, ou contrato de divisão material e jurídica do bem comum, com discriminação do que é diviso e do que é indiviso. O que não se arrolou como diviso tem-se por indivjso. A parte paga do preço considera-se, salvo disposição em contrário, contra-prestação que justifica continuarem por conta dos donos do terreno os impostos e taxas do terreno e por conta do vendedor dos apartamentos, dono, ou não, do terreno, até lavrar-se a escritura hábil para a transferência da propriedade (terreno e outras partes integrante indivisas *mais* apartamento), os impostos e taxas que sejam concernentes ao nôvo edifício ou edifício remodelado ou simplesmente "dividido em apartamentos".

§ 1.326. *A* organização prévia ou incorporação

1.REGRAS SOBRE ORGANIZAÇÃO OU INCORPORAÇÃO. A lei absteve-se de quaisquer regras especiais sobre a organização ou incorporação do edifício de apartamentos. O organizador ou incorporador pode ser pessoa individual (pessoa física) ou coletiva (pessoa jurídica), comerciante ou não, um dos comuneiros futuros, ou não, condômino do terreno em que se vai construir ou não, subscritor ou não dos futuros apartamentos. O negócio jurídico em que ele figura nada tem, portanto, com os negócios jurídicos da futura comunhão *pra divisa,* ainda quando tenha sido o incorporador quem tudo resolveu quanto ao plano, financiamento ou execução, regulamento da comunhão, distribuição do diviso e do indiviso, cláusulas de preferência, etc. Terá sido apenas um técnico, que empregou na incorporação o seu serviço, provavelmente, porém não necessAriamente, com intuito de *lucro.*

2.QUEM PODE FAZER A INCORPORAÇÃO. A incorporação pode ser feita por uma só pessoa, por duas ou mais em condomínio do terreno, ou por pessoa jurídica, ou, ainda, por duas ou mais pessoas sem aquisição de personalidade jurídica, havendo ou não, entre elas, sociedade irregular, ou sociedade de fato, ou comunhão, ou gestão de negócios, ou mandato, ou outro negócio jurídico.

3.DEFINIÇÃO DE INCORPORAÇÃO. A incorporação é apenas o *penado pré-comunial em que se praticam as atas necessários ao estabelecimento da. comunhão* pro diviso *nas edifícios de apartamentos.* Ou se trate de juntar donos de terrenos, que, unificados, perfazem espaço melhor para a edificação, ou se trate de edificar em terreno próprio privativo, ou comum, ou de outrem (com outorga bastante), ou se trate de aproximar candidatos à aquisição de apartamentos, a *incorporação* alude *à* intenção não *ai fictionis* de chamar a um *carpa* ("feito em corpo" significa unido, como se lê nas *Décadas* de JOÃO DE BARROS: "corpo de exército", "corpo político", corporações, corporativa) os futuros comuneiros *pra divisa.*

O que caracteriza, portanto, a incorporação é a *finalidade* do negócio jurídico, não a *composição subjetiva* dele.

Tanto incorpora o que anuncia, com o terreno e o plano de construção, a futura *divisão do edificio* (já feito ou a fazer-se) de dois, ou mais andares, em apartamentos de *pela menos* três peças,"quanto aquele que não tem terreno, anuncia o plano, munido de opção de compra, e recebe as prestações dos futuros adquirentes para adquirir o terreno e iniciar a construção. É fácil imaginar-se a imensidade de variantes entre os dois tipos e a riqueza de combinações possíveis, não sem certo risco para os que se guiam somente pelos anúncios dos incorporadores.

§ 1.327. Figura do incorporador

1.DONO DO TERRENO, CONDÔMINO, TITULAR DE DIREITO DE OPÇÃO, MANDATÁRIO OU

INVESTIDO DE OUTROS PODERES. O incorporador pode ser a) *dono da terrena* em que se vai edificar e então será o autor de que procederão todos os títulos de propriedade dos apartamentos (partes divisas) e das partes indivisas, inclusive o seu próprio, se adquirir apartamento. Pode ser 19 *condómino* do terreno em que se vai edificar, sendo os outros, ou não, desde já, com ele, os futuros comuneiros do edifício. Nesse caso, cada condômino será comuneiro no edifício de apartamentos, por igual distribuição, ou se adotará outra repartição das áreas edificadas e divisas ou dos valores dos apartamentos, com retificação das quotas originárias no terreno em condomínio. Pode ser, apenas, e) *titular de direito de opção,* ou *mandatário,* ou outro *investido de poderes* por parte do dono ou donos do terreno a ser edificado. Então, funciona como intermediário entre esse ou esses e os futuros

adquirentes dos apartamentos, inclusive ele mesmo, se adquire algum, ou o dono ou donos do terreno, porque a autorização para construir e o negócio jurídico da promessa de venda o faz ou os faz estranhos à propriedade dos apartamentos. Em todo o caso, há questões delicadas de direito das coisas, principalmente de Registro imobiliário que serão estudadas a seu tempo. Pode ser, ainda, *d) simples especulador,* que jogue na operação de incorporar imóveis e que a seu risco lance o proclama público para angariar meios para o financiamento da própria opção.

2.PESSOA FÍSICA OU PESSOA JURÍDICA. O incorporador pode ser *pessoa fisica,* ou *pessoa juridica,* ou existir entre os incorporadores plurais sociedade irregular, ou de fato, ou outra relação jurídica.

Os problemas maiores são os da *capacidade de direita* e da *capacidade processual.* Quanto ao incorporador pessoa física, ou jurídica, não há dificuldade. Qualquer que ele seja, precisa ele ter a capacidade de direito que é a capacidade, ativa ou passiva, de ser sujeito da relação jurídica, conceito de direito público, anterior ao conceito de capacidade processual (R. POLLAK, *System des õsterreichischen Zivilprozessrechts,* 115 s.). Todas as pessoas, ainda o nascituro, podem ser parte. Qualquer restrição da lei estrangeira a estrangeiros, ou não, quanto a poderem ser incorporadores de edifícios de apartamentos, ou negociarem com eles, ou ser partes em juízo a esse respeito, é inoperante no Brasil: quanto às leis estrangeiras *patriae* e *situs,* pela invocação da ordem pública do Brasil; quanto às regras sobre capacidade de ser parte, porque é a *lez fori* que resolve, e não outras leis. O *ius standi in iudicia* não se exporta, nem se importa. Sobre os problemas teóricos e práticos, nossos *Comentários ao Código de Processo Civil* (1, antes e sob o art. 80).

O incorporador sociedade irregular, enquanto duram os seus negócios, tem capacidade de ser parte. O

incorporador sociedade, antes da atividade social, mesmo antes da assembléia de fundação, tem capacidade de ser parte.

3.RELAÇÕES JURÍDICAS. No plano do direito material, isto é, nas relações com o construtor, com o dono ou donos do terreno e com os futuros comuneiros, o incorporador pode achar-se em situação de sociedade irregular, isto é, sociedade que funciona sem o cumprimento de solenidades legais de constituIção, Registro e publicidade.

Os sócios, ainda ocultos, respondem ilimitada e solidariamente perante terceiros, ainda que o contrato social limite a responsabilidade ou exclua a solidariedade. Porém não opera contra terceiros, no que concerne à *existência da sociedade* desde agora, ou no futuro. A transcrição do terreno para ele, incorporador sociedade irregular, é impossível, mas podem ela e os sócios transferir a propriedade aos donos dos apartamentos, como procuradores, pois esse poder está incluso no negócio de quem adquire para incorporar. Melhor é, porém, que se ponha isso expressamente, no negócio de opção ou de promessa de compra-e-venda, como, aliás, é de costume.

4.INCORPORADOR E COMUNHÃO "PRO DIVISA". A figura do incorporador não entra na vida da comunhão *pro diviso* senão até o momento de se transferir o último apartamento a quem o adquiriu. Pode, em todo o caso, ser escolhido como administrador do edifício, para os primeiros dois anos a contar da entrega da maioria dos apartamentos. Daí em diante somente continua se bienalmente eleito (Lei n. 5.481, de 25 de junho de 1928, art. 8.0). A cláusula segundo a qual o incorporador continuará a administração para além de dois anos é nula, por não ser lícita, aí, a cláusula de irrevogabilidade da procuração dos comuneiros e dos poderes de administração.

A 5ª Câmara do Tribunal de Apelação do Distrito Federal, a 13 de março de 1944 *(R. F.,* 100, 70), disse que o incorporador é corretor, à semelhança dos corretores de mercadorias e de títulos. Nem sempre. A *corretagem* impõe intermediariedade entre os que desejam contratar (nem sempre é intermediário o incorporador) ; o *corretor* é mediador assalariado e de regra o seu ofício limita-se a receber proposta e transmiti-la (raramente faz somente isso o incorporador) de modo que seria demasiado restringir a figura do incorporador reduzi-Ia à do corretor. Isso não quer dizer que por vêzes não o seja; nem, Tão pouco, que, se é o caso, não se deva recorrer a principias concernentes à corretagem, se o incorporador é *comerciante* e faz da corretagem de apartamentos o seu comércio, ou, ainda que o não seja, se o negócio jurídico, de que se trata, é o de corretagem.

Principalmente livremo-nos de pensar, como o acórdão, que o incorporador não responda *sempre* pela efetivação do negócio, pois, se é promitente, como de ordinário acontece, a sua responsabilidade, ainda no caso de venda de terreno alheio, é completa.

§ 1.328. Incorporação e lucro

1.INTUITO DE LUCRO. A organização para a construção de edifícios de apartamentos pode ser com intuito de lucro, ou não. Algumas leis, como a Lei francesa de 28 de junho de 1938, art. 1.º, são explícitas; porém tal explicitude é supérflua. O incorporador pode ser pessoa física, ou sociedade, ou grupo de pessoas fisicas unidas por alguma razão de ordem moral, ou o Estado mesmo (União, Estado-membro, Município), com o propósito de servir à solução do problema da habitação. Naturalmente a difusão de planos ou programas em que se diga, mentirosamente, que não há intuito de lucro, é suscetível de compor figuras criminais.

2.FONTES DO LUCRO. O lucro dos incorporadores pode provir: dos juros que cobrem pelo capital empregado na aquisição do terreno; da diferença entre a taxa de juros que pagam pelo capital emprestado com que financiam a compra do terreno e os serviços iniciados ou até definitiva transferência do prédio e aquela que cobram pela aplicação desse capital emprestado; do preço dos seus serviços e comissões; da diferença entre preço do terreno, edificação e mais serviços, acrescido dos juros, portanto *custo* dos apartamentos, e o preço por que os vendem.

8. DIREITOS REAIS. Não é lícito ao incorporador se reservar direito real sobre o edifício ou sobre algum apartamento, até que seja pago. Os únicos direitos reais de garantia que a lei conhece, sobre bens imóveis, são a *hipoteca* e a *anticrese,* que dependem do Registro (inscrição de imóveis). A hipoteca pode ser feita em garantia a crédito do incorporador, ou a crédito de outrem, que financiou a construção, ou a remodelação, ou apenas forneceu capital para que o candidato ao apartamento o adquirisse. usual a hipoteca de cada um, ou de alguns, ou de todos os apartamentos, a longo prazo, com pagamentos de juros e de amortizações mensais, de maneira que a divida mensalmente diminui e cresce a amortização à medida que os juros a serem pagos diminuem. Esses negócios nada têm de especial: são entre proprietário da parte indivisa do terreno, das parte indivisas do edifício e do diviso, que é o apartamento, formando *todo;* e o credor hipotecário. Os princípios são os mesmos que regem as outras hipotecas de prédios, particularmente de partes indivisas em prédios.

Também é possível que, levando muito tempo a construção, seja o dono do terreno que confira direito real de hipoteca ao candidato ao apartamento. Em todo o caso, essa figura jurídica é assaz rara.

4. AQUISIÇÃO DE APARTAMENTO. Às vêzes o incorporador, munido ou dizendo-se munido de opção ou de promessa de venda, por sua vez, pré-contrata ou promete ao candidato à aquisição de apartamento, ou, o que já se tem dado, procede como se tivesse direito real a transferir. Surge, então, o problema da transferência do direito que não se tem ou o da venda de coisa alheia, de que falaremos adiante, para o caso especial de venda de apartamento alheio.

§ 1.329. Período pré-comunial ou pré-divisional

1.PRINCÍPIOS INVOCÁVEIS. Alguns escritores, exagerando a especialidade e a novidade dos edifícios com a comunhão *pro divisa,* aventuraram que as leis de direito comum e os usos e costumes não bastariam para se resolverem as dúvidas relativas a eles. Primeiro, eles deixam de levar em conta que o velho direito de alguns povos o português-brasileiro inclusive conheciam a comunhão *pro diviso.* Segundo, fazem tábua rasa dos princípios que regem o condomínio e as comunhões de paredes, muros, etc., ou as meações em paredes (paredes-meias), com os quais quase se constrói toda a comunhão do edifício de apartamentos, pois que nada mais acontece do que justaposição de partes indivisas e partes divisas, sendo as "dificuldades" mais relativas àquelas do que a essas. Em verdade, não há dificuldades dignas de espanto na doutrina dos edifícios de apartamentos: a presença dos "apartamentos". partes divisas, é que mais perturba a vista (acostumada a não as ver) do que turva a realidade. Dificuldades, portanto, de ordem subjetiva. O essencial é que se firme o raciocínio em enunciado liminar: No edifício de apartamentos, cada comuneiro é dono de *abjeto de direito,* cujas partes indivisas são o terreno e outras partes do edifício, e parte divisa são o apartamento e outras partes divisas.

Oprincípio *Superficies solo cedit,* ou *Áedificium solo cedit,* de modo nenhum se opõe **à** construção jurídica do edifício de apartamentos em comunhão *pro divisa.* O direito brasileiro deu a prova mesma de que se podia chegar até aí sem se riscar aquele princípio e sem se precisar da criação do direito de superfície. A parte indivisa do terreno é elemento *necessario.* O edifício acede ao terreno todo; sendo ele por partes indivisas, o edifício acederia indivisamente, e tal continua de ser a regra. A lei apenas permitiu a *divisão* em apartamentos para que Possam coexistir partes divisas, acedidas às partes indivisas

2. DISTINÇÃO DOS PERÍODOS. No período pré-comunial, ou pré-divisional, que é, respectivamente, aquele em que ainda não

adquiriram os candidatos os apartamentos, ou, se têm em comum o terreno e se está construindo o edifício, ainda não procederam à divisão dele, ou à distribuição *jurídica* do que *materialmente* já está dividido, as despesas, inclusive impostos e taxas, correm por conta das pessoas em nome de quem ainda estão o terreno e o edifício, salvo convenção em contrário. Se, feita a transferência ou registrada a divisão, qualquer que seja o instrumento, os apartamentos ainda não foram entregues, por culpa do incorporador, responde ele por perdas e danos. Se a municipalidade eleva os impostos, devido à construção, esses impostos nem por isso deixam de ser pagos pelo que, ao tempo da majoração, é dono do terreno, posto que já o tenha prometido vender, por *partes indivisas,* aos futuros donos dos apartamentos. A regra de interpretação é entender-se, dispositivamente, ou *na dúvida,* que o dono do apartamento só é responsável por impostos e taxas a partir da escritura definitiva inconcussamente registável.

§ **1.330.** Categoria jurídica da incorporação

1. CATEGORIA FORA DO DIREITO PREDIAL. A forma ou categoria que toma a incorporação não pertence necessariamente ao direito predial. Por outro lado, os laços entre o incorporador e os adquirentes dos apartamentos, futuros ou já feitos, são, quase sempre, de *direito das obrigações;* portanto, não necessariamente de compra-e-venda. As incorporações mais usuais são as de empresas de adquirir terreno, ou munidas de promessa de venda do terreno, podendo ser passada a escritura definitiva ao incorporador ou aos compradores, quando todos os apartamentos estejam vendidos. De ordinário, a escritura definitiva somente se lavra quando a empresa incorporadora, que prendeu as vendas de alguns dos apartamentos (ou as simulou), entende que chegou ao final das suas especulações.

Algumas incorporações tomam a categoria jurídica das sociedades anônimas por ações; outras, a de sociedades de responsabilidade limitada; outras são incorporadores individuais, que tudo fazem no seu próprio nome.

Se, porém, o incorporador promete vender ou vende, ainda que não tenha adquirido o terreno ou o terreno e edifício, a figura do negócio jurídico complica-se e merece ser tratada em parágrafo especial.

2.INICIATIVA. A iniciativa da comunhão, ou da divisão, mantida a comunhão, ou criada essa, simultaneamente, ou depois, por parte de quem não praticou os atos em nome e como procurador dos

comuneiros ou futuros comuneiros, é o que se tem convencionado chamar *incorporação.* Pode também ser incorporador, já dissemos, pessoa jurídica, quase sempre empresa que se dedicou a esse ramo de negócios, ou empresa construtora, que se abalance a esses negócios, ou pessoa física, inclusive um ou alguns dos condôminos do terreno, ou dos que se inscreveram para a aquisição do terreno. A incorporação pode provir de disposição de última vontade, pela qual o testador dê a algum dos herdeiros ou legatários, ou ao testamenteiro, o encargo de organizar a comunhão *pra divisa* em edifício já existente, ou ainda por ser construído.

A incorporação também pode ser de dois ou mais edifícios, em conjunto.

3.PRINCÍPIOS JURÍDICOS APLICÁVEIS. Para que se facilite a procura dos princípios jurídicos com que se há de trabalhar na resolução dos problemas do período que precede o Registro das propriedades separadas dos apartamentos, convém começar-se, na prática, por se saber se a incorporação tem por fim: a) Havendo comunhão *pro indiviso* do terreno (condomínio), construir-se e chegar-se à divisão em apartamentos e atribuição de tais apartamentos possivelmente a diferentes donos. b) Havendo terreno alheio, obtida permissão do dono para se construir, se não é o próprio incorporador, chegar-se à obtenção da propriedade do terreno, construir-se e proceder-se à divisão em apartamentos e atribuição de tais apartamentos aos donos do terreno ou aos promissários.

o) Havendo terreno de um dos candidatos a apartamentos e obtida permissão para se construir, chegar-se à obtenção de partes ideais no terreno, *menos uma,* pelo menos, construir-se e proceder-se à divisão em apartamentos e atribuição de tais apartamentos aos donos atuais do terreno ou aos seus promissários.

Nada obsta a que se inverta a ordem: primeiro, construir-se o edifício; depois, adquirir-se o terreno.

O dono do terreno ou donos do terreno que permitem se construa no seu terreno edifício de apartamentos, pelo fato mesmo da permissão, se obrigaram em pré-contrato ou promessa de contratar. No direito brasileiro, se o dono do terreno ou donos do terreno ainda não precisaram, por exemplo, o preço, pré-contrataram no sentido próprio; se preencheram todos os requisitos de compra-e-venda do terreno, ao juiz pode ser pedido que assine prazo para que eles executem a sua obrigação (cf. Código de Processo Civil, art. 1.006, § 2.0), e. g.,

entregue o edifício ou o terreno, ou os apartamentos, se desses têm a posse ou se deles se apossaram. Se se deixou para depois a escritura definitiva, a sentença que se proferir contra eles é executiva, *lato sensu,* e tem eficácia da declaração da vontade prometida (Código de Processo Civil, art. 1.006).

A matéria dos pré-contratos ou promessas de contratar, no caso particular da compra-e-venda de apartamentos, não oferece singularidades se a compararmos com a matéria dos pré-contratos ou promessas de contratar compra-e-venda de terrenos ou lotes. Por isso, o lugar próprio para deles tratarmos não é esse tomo, mas nos em que, já no Direito das Obrigações, ou proximamente ao tratarmos dos loteamentos, construímos, explicamos e analisamos a promessa de compra-e-venda de imóveis em geral. Quem compra apartamentos compra terreno *mais* apartamento. Quem pré-contrata apartamento pré-contrata terreno *mais* apartamento. A respeito, é sempre presente o enunciado: "Adquirir apartamento é expressão elíptica, pois em verdade o que se passa é que se adquire parte ideal de terreno a que estão fundidas partes indivisas e partes divisas, dentre as quais o apartamento". No Tomo XIII, ter-se-ão a construção, a explicação e análise do que ocorre com as promessas de compra-e-venda e as vendas a prazo, quer de terrenos ou lotes, quer de apartamentos, bem como o que se aplica, *mutatis mutandis,* às promessas ao público de compra-e-venda de apartamentos.

A aquisição dos apartamentos pode ser, também, por compra-e-venda à vista, ou a prazo, ou em virtude de contrato de opção, categoria que também estudaremos no Tomo XIII.

A averbação das promessas de compra-e-venda de lotes não se estende às promessas de compra-e-venda de apartamentos, que têm de ser *inscritas* (Decreto-lei n. 58, de 10 de dezembro de 1937, arts. **4º,** alínea 2ª, *b),* e **5ª;** Decreto n. 5.318, de 29 de fevereiro de 1940, art. 1.0, que retocou o Decreto n. 4.857, de 9 de novembro de 1939, art. 253).

No contrato de opção e no contrato de compra-e-venda de bens imóveis a prazo não há pré-contratualidade: o contrato, que se firma, nenhuma alusão faz a *futuro* contrato, que seja a prestação prometida. A necessidade de precisarmos os três conceitos, na teoria e na prática, traz-nos à memória aqueles dizeres de PLATÃO, no *Sofistas:*

"O que se impõe, sempre e em toda pesquisa, é mais entender-se sobre a coisa mesma, por meio de razões que a definam, do que se entender sobre o nome, sem se preocupar com a definição".

Pode ocorrer, no período pré-comunial, que o incorporador, por inexistência, invalidade ou ineficácia do negócio jurídico entre ele e o dono ou donos dos terrenos, não venha a poder transferir ou lograr transferência direta (=

dos terceiros ou do terceiro aos candidatos a apartamentos) das partes indivisas no terreno aos promissários.

Outrossim, pode ocorrer que seja decretada a invalidade ou declarada a ineficácia da transmissão. Em qualquer desses casos, o promitente responde, segundo os princípios e regras jurídicas concernentes a obrigação de prestar a parte indivisa prometida. As respostas às questões somente podem ser a *posteriori.*

Se, acaso, foi obtido o Registro, a favor do promitente, e, depois, a favor do candidato à compropriedade, o candidato que a adquiriu adquiriu-a tendo por si a fé pública do Registro, de modo que o art. 530, 1, incide. Se não houve o Registro intercalar (= da transmissão ao incorporador ou promitente), mas só, diretamente, aos comuneiros de apartamentos, não se dá, necessariamente, a aquisição por força do art. 530, 1, porque o Registro ainda é retificável, segundo os princípios que foram expostos no Tomo XI.

OPERAÇÕES DE DIVISÃO E COMUNHÃO

§ **1.331.** Divisão e comunhão

1. DivisÃo MATERIAL E DIVISÃO JURÍDICA. **A** característica da comunhão *pro divisa* consiste em que duas operações foram efetuadas, cujo estado simultâneo *perdura.* **O** bem imóvel, que é o objeto do nosso estudo, está sob a incidência de regras que concernem à divisão e de regras que concernem à comunhão, sem que se contradigam entre si essas regras. Porém esse estado duradouro, que se estabeleceu e a lei mesma fortalece, proveio de duas operações: a de dividir; e a de tornar comum. Se temos unipropriedade do terreno e do edifício, *duas operações* têm de ser feitas: a divisão e a atribuição de parte a pelo menos outra pessoa. A divisão é precipuamente material. O . edifício de apartamentos supõe, por definição, apartamentos; de modo que essa divisão material começa com o plano da construção ou da remodelação adaptativa do edifício. Porém a divisão só material não basta. Se A construiu o edifício de apartamentos para mantê-lo uno,

não construiu edifício de apartamentos no sentido da Lei n. 5.481, de 25 de junho de 1928, art. 1.~ Os edifícios destinados a hotéis e hospitais ou clubes têm apartamentos "materiais"; e não são edifícios de apartamentos: os apartamentos, não sendo divisos juridicamente, juridicamente também não existem como apartamentos. De modo que o direito atende à divisão material quando essa se torna juridicamente relevante. Se há comunhão *pra divisa* por andares é outra questão.

2.COMPROPRIEDADE. Se temos compropriedade do terreno e do edifício, só uma operação tem de ser feita, e é a de divisão. Divisão material e jurídica. Só jurídica, se aquela já existe. Não é impossível o caso de se ter de proceder *à* divisão material, depois da jurídica, *e.* g., se o construtor desatendeu ao plano de construção e não dividiu o edifício, ou o andar, como fora prometido. O comuneiro e o próprio promissário têm a ação de nunciação de obra nova e as outras que as circunstâncias mesmas indiquem.

3.DIFERENÇA ENTRE QUOTAS. Se o número de candidatos a apartamentos não é igual ao de donos do terreno e do edifício, ou se não coincidem, algum ou alguns desses tem de deixar de ser comuneiros, ou algum ou alguns daqueles têm de adquirir frações das partes desses. Seja como for, se a comunhão *pro indiviso* não coincide com a comunhão *pro divisa* futura, tudo se passa como a respeito dos edifícios em terreno alheio.

Sempre que a escolha dos apartamentos é livre e não depende da comunhão *pro indivisa* do terreno, primeiro se há de dividir; a comunhão vem depois. Nada tem com a comunhão *pro indiviso,* que exista, a comunhão *pra divisa,* que veio depois.

§ **1.332. A** declaração de vontade para dividir em apartamentos

1.CONCEITO. Toda *declaração de vontade,* para conclusão de negócio jurídico, isto é, para alcançar eficácia jurídica *querida,* é exteriorização de vontade de alguém para que surta determinado efeito. Não se confunde com a *comunicação de vontade,* nem, Tão pouco, com a *comunicação de conhecimento* ou a *comunicação de fato.*

Nessas, exterioriza-se acontecimento (vontade ou representação). Prova-se a declaração de vontade, ao passo que, quanto à comunicação de conhecimento, se faz, também, a prova da sua falsidade ou de sua verdade.

É preciso que a declaração de vontade tenha sido consciente, isto é, tem de ser tal que dela se tire que houve vontade de negócio; *in casu,* vontade de *dividir* parte do edifício em apartamentos, a que correspondam partes indivisas no terreno e partes indivisas no edifício. Assim, é preciso que a declaração de vontade tenha recaido em se estabelecer a comunhão *pro diviso* dos apartamentos e a *pro indivisa* do terreno e das outras partes, ainda que provisoriamente o sujeito de todas as relações jurídicas criadas pela comunhão *pra divisa* no edifício de apartamentos seja um só. Dissemos "provisoriamente", embora possa permanecer por muito ou todo o tempo, pagando-se em separado impostos, taxas, contas de água, luz, gás, juros de hipotecas, multas, etc.; porque o *fim* da comunhão *pra divisa é* a pluralidade de donos, e esse *fim* existe enquanto existe a potencial pluralidade de adquirentes. Por isso mesmo, a cláusula de inalienabilidade que apanhe todo o edifício provoca a questão que noutro lugar será estudada.

2.DIVISÃO EM APARTAMENTOS E LOTEAMENTO. O símile da divisão em apartamentos é a divisão do terreno em dois ou mais, o loteamento, que também tem por base negócio jurídico. Para ambos surge o problema de se saber se a declaração de vontade, que estabelece, potencialmente, a comunhão *pra divisa* e, efetivamente, a divisão, é *receptícia* ou *não.* Porém, enquanto o loteamento, com a divisão, faz de um terreno dois ou mais, a divisão em apartamentos não torna o edifício em muitos edifícios.

São receptícias as declarações de vontade que têm de ser emitidas a alguém a quem tocam, ou para seu bem ou para seu mal. Não são dependentes de atividade especial do destinatário; basta que *cheguem* a esse, às vêzes somente que se *enviem.* A declaração de vontade não-receptícia é perfeita desde que se exterioriza (às vêzes a exteriorização exige *poder ser conhecida)* não é elemento dela que a conheçam. Exemplo: o abandono (Código Civil, arts. 592 e 589, III, e § 2.0). A renúncia à propriedade imóvel é recepticia (Código Civil, arts. 589, **II,** e §

1.0) : "No Registro de imóveis será feita: *b)* a transcrição: **X** para a perda da propriedade imóvel, dos títulos transmissíveis, ou dos atos renunciativos" (Decreto n. 4.857, de 9 de novembro de 1939, art. 178, emendado pelo Decreto n. 5.318, de 29 de fevereiro de 1940). Só se perde depois que se faz o Registro e o pedido de transcrição é completivo (integrativo) da declaração de vontade feita na escritura. Tal a construção no direito brasileiro. O

oficial do Registro de imóveis recebe, pois que transcreve. Não o

escrivão que lavra a escritura. A irrevogabilidade das renúncias pode existir, antes da transcrição, mas é excepcional.

3.COMUNHÃO "PRO DIVISO" NO EDIFICIO DE APARTAMENTOS.

Já a possibilidade de se "dividir" o edifício em apartamentos (isto é, tornar *adquirivel* por diferentes donos partes divisas do edifício) alude a que esse edifício, como coisa, era *naturalmente* divisível, em parte. A Lei n. 5.481, de 25 de junho de 1928, art. 1.0, estendida pela Lei n. 285, de 5 de junho de 1948, veio torná-lo *juridicamente* divisível. O dono dele tem, por isso mesmo, pretensão a dividi-lo em apartamentos. Pretensão *erga amnes,* porque pretensão oriunda de direito real. E pretensão que pode ser exercida contra o condômino do edifício ainda não dividido em apartamentos, se um dos condôminos, afirmando que o edifício está nas condições do art. 1.0 da Lei n. 5.481 (é *material* e *juridicamente* divisível), invoca o art. 629 do Código Civil, onde se diz: "A todo o tempo será licito ao condômino exigir a divisão da coisa comum". Se, porém, o edifício tem uso especifico e a divisão o tornaria impróprio ao seu destino (ao condômino chamado *à* divisão cabem o ônus de afirmar e o de provar), então será o caso do art. 632 do Código Civil. A pretensão *relativiza-se* diante da concorrência de relações de domínio, que é o condomínio.

4.DIVISÃO FÍSICA OU MATERIAL; PRETENSÃO A DIVIDIR. A divisão~ física ou natural é possível, se a coisa é materialmente divisível e se a lei ou o destino da coisa não se opõe. Desde que o edifício se presta à divisão, sem lei que o vede, nem destinação que se choque com o projeto de divisão em apartamentos, o outro condômino ou os outros condôminos podem ser chamados à divisão física ou natural, conforme a lei que regula a comunhão *pra divisa* nos edifícios de apartamentos. A divisibilidade pode ser geral ou especial.

Se o edifício, no estado em que se acha, não se presta à divisão real em apartamentos, falta a divisibilidade especial; portanto, não há aquela *pretensão a dividir* de que falamos. Em todo o caso, pondo-se de acordo unânime os condôminos, é-lhes facultado tornar-se divisível o edifício indivisível e, por contrato, dividirem entre si o edifício adaptado, bastando que promovam a *averbaçâo* da escritura no Registro do imóvel, para o efeito de discriminação e numeração (Decreto n. 4.857, de 9 de novembro de 1939, art. 178, o), IX; Decreto n. 5.318, de 29

de fevereiro de 1940), se não preferem fazer judicialmente a divisão

real (Código de Processo Civil, arts. 415-446, 449 e 450). Ainda mais: podem obrigar-se à adaptação, atribuindo a um deles, ou a alguns, ou a terceiros, ou à administração de todos a adaptação.

5.RECEPTICIEDADE. A declaração de vontade para estabelecer a comunhão *pra divisa* nos edifícios de apartamentos pode ser não-receptícia. Somente é receptícia se o declarante é transferente ou está em relação (comunhão, condomínio) com outro. Se o terreno ou terreno e edifício pertencem a duas ou mais pessoas, ou se há direito real de outrem sobre o imóvel, há, naquele caso, pluralidade de declaração de vontade, e nesse consentimento, se a lei o exige. A unanimidade é regida.

6.DISCORDÂNCIA ENTRE CONDÔMINOS. No caso de haver discordância entre os condôminos, opondo-se um ou alguns à constituIção da comunhão *pro diviso* no edifício, se esse satisfaz as exigências legais de divisibilidade em apartamentos, qualquer deles tem *ação de divisão,* que se processa conforme as outras. **A** parte indivisa do que não quer ficar na comunhão tem de ser paga e o outro ou outros condôminos a recebem Vor adjudicação, ou a recebe terceiro pela arrematação. A transcrição da sentença é necessária e basta para se cumprir o Decreto n. 4.857, de 9 de novembro de 1939, arts. 178, *b),* IV, VII, e 249 (Decreto n. 5.318, de 29 de fevereiro de 1940). Não bastaria a averbação, porque houve *sentença* e *transferência.*

7.DECLARAÇÃO UNILATERAL DE VONTADE PARA DIVIDIR. A declaração de vontade para dividir em apartamentos o edifício pode ser *unilateral,* e não importa se o declarante é uma só pessoa, ou duas, ou mais. Se A, B e C, donos do edifício que satisfaz os requisitos de divisibilidade em apartamentos, prometem apartamentos aos que vencerem nos concursos tais, a sua declaração unilateral de vontade é *promessa de divisão,* não declaração unilateral de vontade para dividir. A escritura pode ser redigida de modo a poder ser feita a *averbação* do Decreto n. 4.857, art. 178, *e),* IX (Decreto n. 5.318), ou, desde logo, a transcrição, mas aqui há dois negócios jurídicos: *e. g.,* a parte da promessa de alienação e a parte de divisão do edifício.

§ 1.383. QUEM É QUE DIVIDE

8.INDIVISIBILIDADE. Diz o Código Civil, art. 632: “Quando a coisa for indivisível, ou se tornar, pela divisão, imprópria ao seu destino, e os consortes não quiserem adjudicá-la a um só, indenizando os outros, será vendida e repartido o preço, preferindo-se, na venda, em condições iguais de oferta, o condômino ao estranho, entre os condôminos o que tiver na coisa benfeitorias mais valiosas, e, não as havendo, o de quinhão maior Resta saber se a divisibilidade parcial (chamemos assim à divisão em apartamentos, porque as outras partes, incluindo o terreno, têm de ficar indivisas) afasta a incidência do artigo 632, isto é, se prevalece o art. 629. Já respondemos afirmativamente, de modo que, se A deixa a E, C e D edifício de apartamentos, que era seu só, II ou C ou D pode pedir a divisão *jurídica,* que ai apenas colorirá a divisão *material.* Diga-se o mesmo quando a divisão material ainda não existe, mas é praticável, como se o edifício ainda não se compõe de apartamentos, porém se presta comodamente à divisão em apartamentos, sem ofensa ao seu destino.

Outra regra do Código Civil que tem de ser levada em conta é a do art. 1.139: “Não pode um condômino em coisa indivisível vender a sua parte a estranhos se outro consorte a quiser, tanto por tanto. O condômino, a quem não se deu conhecimento da venda, poderá, depositando o preço, haver para si a parte vendida a estranho, se o requereu no prazo de seis meses”. A regra não apanha o terreno em que está o edifício de apartamentos, porque terreno, apartamento e parte indivisa no edifício são um todo, e pode o todo ser livremente vendido. Comunhão *pra divisa* não é condomínio; contém condomínio. Se o edifício, de apartamentos ou não, ainda não foi juridicamente dividido em apartamentos, porém é possível fazê-lo, sem quebra do seu destino, não se pode dizer que seja “coisa indivisível”, no sentido do art. 1.189 do Código Civil. Falta, pois, pressuposto para a incidência da regra.

9.DECLARAÇÃO BILATERAL DE DIVISÃO. Dissemos acima que a declaração de vontade para dividir pode ser unilateral. Com isso, não respondemos de inicio a questão: ~ pode ela ser bilateral? Os negócios jurídicos bilaterais supõem declarações de vontade correlativas e recíprocas de duas ou mais pessoas.

225

Não basta que haja pluralidade de sujeitos (o exemplo da promessa de recompensa por muitos dá a prova) ; é preciso que haja *correlação* (estarem frente a frente, *e. g.*, ofertante e aceitante) e *reciprocidade.*

Aqui exsurge um dos problemas mais sutis do nosso assunto. Para a solução, as proposições que vêm sendo expostas nos prepararam. Não há confundirem-se o negócio jurídico *comum* (os condôminos do edifício que o dividiram) e o negócio jurídico *bilateral* ou *plurilateral:* na divisão, não há pluralidade, há comunidade de declaração (todos são uma só parte). A deliberação para dividir, ou para alugar, é decisão, portanto negócio jurídico plurilateral (resolução única em negócio comum) ; a divisão e a locação a alguém são, respectivamente, negócio jurídico unilateral (comum) e negócio jurídico bilateral (comum, de parte dos locadores).

A decisão de dividir é tomada por unanimidade; pode substitui-la a sentença que "decide" pela divisão. A plurilateralidade está à base. A divisão, de modo nenhum. A deliberação ficou atrás; à que agora se dá é a execução dela, para a qual. basta a *declaração de vontade (unilateral),* ou a sentença *executiva.*

§ 1.338. Quem é que divide

1. DIVISÃO E, DEPOIS, COMUNHÃO. Se A vende a B, C, D, Z, o edifício de apartamentos, que construiu, dividido conforme a lei, e se discriminam, na escritura, os apartamentos que cabem aos compradores, é A *que divide,* e não E, C, D, Z. Esse ponto é extremamente importante. No momento *a* da e compra-e-venda, o bem imóvel está *pra divisa* quanto aos apartamentos; portanto, a divisão foi simultânea ou anterior a *a.* A noção de simultaneidade dificultaria a solução. A de anterioridade imediata é a mais usual a mais prestante no direito, como um dos seus *expedientes técnicas.* Não há, aí, presunção de direito, como ocorreria no caso de comorientes (Código Civil, art. 11, simultaneidade~ contra, o Código Civil francês, arts. 720-722, e o direito romano) ; trata-se de exigência lógica: para

se alienar o apartamento é preciso que se *tenha dividido a edifício.*

2.UNILATERALIDADE E PLURILATERALIDADE. Divide quem aliena, ou quem pediu a averbação da escritura de discriminação. O negócio jurídico é, pois, *unilateral;* não há *bilateralidade* ou *plurilat era/idade,* ainda se há contrato de compra-e-venda. O que nos causa a ilusão de ser bilateral, ou plurilateral, o negócio jurídico é haver *dais* negócios jurídicos imiscíveis: o negócio jurídico da divisão e o da compra-e-venda. Quase sempre se separam, porque é raríssimo que se vendam *todos* os apartamentos de uma vez, e basta que um deles não se tenha vendido na ocasião de se estabelecer a comunhão *pro divisa* no edifício de apartamentos, para que se caracterizem os dois momentos: o do negócio jurídico da divisão e o do negócio jurídico da alienação. Porém as categorias de direito mais ao vivo se apresentam, quase palpáveis, se o dono do terreno e do edifício de apartamentos o regista (ou transcrevendo escrituras de alienação doação, por exemplo a outro, contendo a discriminação e numeração, ou averbando a sua declaração em escritura□ pública, ou em pedido ao juiz) e não vende nenhum dos apartamentos. Dividiu, e não alienou. Os dois momentos estão perfeitamente separados e distantes. Talvez mesmo o segundo nunca se produza. (Naturalmente, se o terreno e o edifício já são comuns, a divisão é posterior; porém aí não bá compra-e-venda. Tudo se passa entre comuneiros, que transformam a comunhão *pra indiviso* em comunhão *pro divisa.)*

§ 1.334. Declaração de vontade para dividir e negócio jurídico abstrato 1.ABSTRAÇÃO DA CAUSA. O negócio jurídico de divisão do edifício em apartamentos pode ser *abstrato,* a declaração de vontade para dividir somente tem por fim produzir a divisão em apartamentos; é esse o fim jurídico a que imediatamente ~e dirige, assim como quem se casa, ou reconhece filho, ou subscreve titulo ao portador ou titulo cambiário. Se há intenção de enriquecimento do declarante, ou de outrem, causa *(causa danandi, causa credendi, causa salvendi, causa novandi, causa dotis constituendi, causa condicianis implendae),* a convenção *causal* não é parte do conteúdo do negócio jurídico da divisão. O negócio jurídico da divisão em apartamentos sobre jaz a esse negócio subjacente, tanto quanto é separado da convenção causal da alienação de todos, ou de cada um dos apartamentos.

2.ORIGEM. Ainda quando, o dono ou donos do terreno, ou o testamenteiro, ou o inventariante, ou o incorporador providencie para tornar jurídica a divisão (registro), adquirindo *realidade* (no sentido de coleção de direitos reais livres), *em virtude de disposição de última vontade de alguém,* ou de *obrigação* ou *dever, de origem em negócio jurídica entre vivas,* a divisão em apartamentos não se faz negócio jurídico causal. Os interessados, que se legitimem segundo a lei do registro, podem *declarar* em sentido desconstitutivo e pedir o cancelamento; o juiz mesmo pode sentenciar com a eficácia da decisão de que trata o art. 1.006 do Código de Processo Civil, ou mandar que se cancele; porém é o negócio jurídico abstrato que se desfaz ou cancela.

3.RELAÇÃO DE DIREITO DAS OBRIGAÇÕES E TRANSFERÊNCIA.

A *causa* é conceito de direito das obrigações; a transferência é *abstrata.* Mas, se há casos em que a tradição e a causa se fundem, a transferência do bem imóvel, pelo registro, é abstrata. Exemplo: se A, o alienante do apartamento, em vez de vendê-lo, pagou o preço de crime que B, o adquirente, praticou, *e.* g., assassínio, ou se o alienante já estava louco, o negócio é *nulo,* mas E tornou-se proprietário; a ação a ser proposta é a de nulidade (constitutiva negativa) *mais* a de reivindicação, não só a de restituição *(candictia ob turp em causam).* O registro terá de ser cancelado, para exprimir o que é jurídico. Se a declaração de divisão foi registrada, ainda que tenha havido crime, a porção que foi individualmente a outrem tem de ser reivindicada, porque o negocio da declaração de dividir é abstrato e o que ficou nulo foi o negócio. O registro tem de ser *cancelada* para ajustar-se o livro fundiário à verdade dos fatos (cp. Decreto n. 4.857, de 9 de novembro de 1939, art. 293).

§ 1.335. O ato constitutivo e sua natureza

1.TÍTULO DA COMUNHÃO “PRO DIVISO”. O ato constitutivo ou título da comunhão *pro divisa* nos edifícios de apartamentos é a escritura pública (ou o testamento), em que são outorgantes e outorgados os donos ou dono do terreno, o incorporador, o construtor e os adquirentes dos apartamentos. Podem ser a mesma pessoa o dono do terreno, o incorporador e o construtor; ou duas, o dono do terreno e o construtor ou incorporador. Se bem que as linhas discretivas variem, o dono do terreno é o alienante do solo; o incorporador, o financia-dor da construção e raramente alienante dos materiais; o

construtor, locador de serviços ou empreiteiro. O negócio jurídico pode simplificar-se extremamente, se é apenas entre incorporador com procuração em causa própria para a venda do terreno, ou dono do terreno, com contrato de construção em seu nome, *por* sua conta e risco, *e* os adquirentes dos apartamentos, O incorporador simplesmente corretor reduziu o seu papel ao mínimo e rigorosamente não mereceria o nome de incorporador. Não incorporou; fêz corretagem de apartamentos. Se nenhum elemento se encontra, no seu ofício, que tenha função na transformação da propriedade ou compropriedade em comunhão *pra diviso,* erro é considerá-lo incorporador. Mero corretor de imóveis, como qualquer outro, talvez a serviço de algum incorporador.

2.ESTATUTO REAL As vêzes o negócio constitutivo entre vivos, que faz o *estatuto real do edifício de apartamentos,* tem três períodos distintos: o do pré-contrato, *e. g.,* promessa de compra-e-venda de cada apartamento; o da divisão e da transferência *pro indiviso* do terreno e partes comuns do edifício e *pro diviso* dos apartamentos; o da eficácia *real* daquela divisão e daquela transferência.

3.NEGÓCIO "CAUSA MORTIS". Se o negócio é *causa mortís,* o testador mesmo, ou doador, procedeu à divisão, es apartamentos transmitem-se aos herdeiros, legítimos ou testamentários, ou aos legatários, conforme as regras da saisina e outros princípios de direito das sucessões. A transcrição é indispensável nos negócios entre vivos; sem ela não se transfere a propriedade: "A transcrição dos atos transiativos da propriedade de edifícios" de dois ou mais andares ou pavimentos (Lei n. 285, de 5 de junho de 1948, art. 1.~), "construídos dc cimento armado ou de matéria similar incombustível, sob a forma de apartamentos isolados entre si, contendo cada um, pelo menos, três peças e destinados a escritórios e residências particulares, compreenderá os mesmos edifícios no todo ou em parte, objetivamente considerada, neste último caso constituindo cada apartamento uma propriedade autônoma" (Decreto ix. 4.857, de 9 de novembro de 1939, art. 249). "Cada apartamento será assinalado por urna designação numérica e descrito com os requisites necessários à averbação" (Decreto n. 4.857, art. 249, § 1.0). A lei exige, para o registro, a designação numérica, que pode ser: 1,2,3; 1,11,111; 1, 1, ou 1, 2, ou II, 1, etc.; 101, 102, 201, 202, etc. Quando há 1, 1, ou 1.º, 1, entende-se 1.ºandar, apartamento 1.

4.AQUISIÇÃO DO TERRENO. Quando o incorporador compra o terreno inedificado, ainda não pode proceder à divisão em comunhão,

porque ainda não há o que se possa dividir em apartamentos: só há o terreno. Porém, se já existia edifício de três ou mais apartamentos, e êle o compra para a comunhão *pra diviso,* pode desde logo dividi-lo e transcrever o seu título, pois é êle adquirente detem imóvel que no momento mesmo da escritura de alienação foi dividido. Uma vez que o edifício seja de dois ou mais andares e possa ser dividido em apartamentos de pelo menos três peças cada um, o dono dele pode *dividi-lo* no ato da alienação. O adquirente não recebe edifício em propriedade única; recebe a propriedade do terreno e das partes deixadas indivisas e tantos apartamentos, portanto propriedades *pra diviso,* quanto às partes divisão, mencionadas na escritura. Se há conveniência em que o incorporador ou algum ou alguns dos futuros comuneiros receba em partes indivisas o terreno, nada obsta a que o alienante declare, por exemplo, que vende três "quartas partes" indivisas do terreno e quanto a quarta "quarta parte" indivisa lhe dá procuração em causa própria ou promete fazer venda à pessoa que for indicada. Em tal escritura está implícita a *declaração de partir individamente,* que todo alienante pode fazer. Há vantagem, muitas vezes, em comprar-se um vigésimo, com o que se faz o incorporador, ou candidato a comuneiro *pro divisa,* desde logo condômino, e receber-se quanto aos outros vigésimos pré-contrato, oferta, ou procuração em causa própria, ou opção.

O vendedor mesmo pode reservar-se urna das partes indivisas e estipular, desde o início da incorporação, a destinação do terreno e do edifício futuro.

5.IMPOSTOS. Se o incorporador não quer pagar o imposto de transmissão de propriedade, satisfaz-se com o pré-

-contrato ou promessa de compra-e-venda, ou com a opção, mune-se de poderes em causa própria para a transferência, ou para substabelecer, e aguarda que os candidatos aos apartamentos os comprem. A sua ~figura é, muitas vêzes, a de um intermediário, podendo surgir variedades que vão do procurador em causa própria ao corretor. Procurador em causa própria, ou titular do pré-contrato ou promessa de compra-e-venda, em seu nome ou no de outrem.

6.INCORPORADOR DONO DO TERRENO. Se o incorporador é o dono do terreno, simplifica-se o problema prático, mas o lado operatório da divisão é o mesmo: a) êle, transferindo partes indivisas do terreno, desde logo, e construindo segundo o seu contrato com os comuneiros,

ora simples condôminos do terreno, é o iniciador do processo de transformação da propriedade entre condôminos em propriedade entre condôminos de terreno e outras partes indivisas e comuneiros de partes divisas; ou *b),* construindo primeiro, aguarda que se ultime a construção para transferir aos candidatos as partes indivisas do terreno e do edifício, bem como os apartamentos.

„7. TESTAMENTO. O título pode provir de testamento. O testador deixa, em herança legítima (Código Civil, art. 1.776: “ válida a partilha feita pelo pai, por ato entre vivos ou de última vontade, contanto que não prejudique a legítima dos herdeiros”, devendo entender-se pai ou mãe), ou em herança testamentária, ou em legado. Também é permitido o adiantamento de legítima (Código Civil, art. 1.171), de modo que a divisão do prédio em apartamento se dê *desde logo.* A escritura em que o pai ou mãe doe aos filhos o edifício de dois ou mais andares, discriminando apartamentos de três ou mais peças, tem o efeito de dividir a propriedade deles, ao mesmo tempo que estabelece a comunhão *pro indiviso* do terreno, das partes integrantes comuns e das pertenças comuns.

Se o testador ou doador, na discriminação dos apartamentos, excede o número de beneficiados e um desses recebe dois ou mais apartamentos, nem por isso deixa de prevalecer a distribuição que fêz. Cada herdeiro, legatário ou donatário recebe os apartamentos que lhe foram herdados, legados ou doados como objetos distintos de direito de propriedade, bens imóveis à parte. ~ possível mesmo que um desses bens lhe venha clausulado de inalienabilidade, incomunicabilidade, ou impenhorabilidade, ou gravado de *modus* ou encargo, e o outro ou outros não.

8.UNIDADE E PLURALIDADE NO BEM. As regras que acima foram feitas põem-nos aptos a classificar o ato constitutivo da comunhão *pro diviso* em edifício de apartamentos. Trata-se, evidentemente, de *declaração de vontade;* há negócio jurídico, de cuja eficácia resulta a mudança do estado jurídico-material da coisa: o edifício, que era *unidade* em toda a sua altura, largura e comprimento, passa a ser *pluralidade* na *unidade.* De tal modo se faz plural, em vez de somente uno, juridicamente, que a aquisição de cada apartamento por uma só pessoa, portanto chegando a ser dono do terreno, das partes comuns do edifício e de todos os apartamentos um só sujeito de direito, a pluralidade não se desfaz, e há tantas *relações juridicas reais* (direitos de propriedade) quantos os apartamentos, com as suas partes integrantes indivisas. Aí está a razão por que nada obsta a que o alienante, o incorporador, o testador ou doador por adiantamento de

legítima imponha, satisfeitos os pressupostos necessários, a comunhão *pro diviso,* ainda se o adquirente é uma só pessoa.

9.INFLUÊNCIAS FILOSÓFICAS. A filosofia platônica ou a peripatética, a filosofia estóica e a do materialismo histórico, têm, aí, largo campo de dissertações: a pluralidade, a líbito do dono do terreno, seria apenas mais um caso de preponderância da idéia da coisa sobre o corpo ou matéria; ou seria a matéria estruturação do edifício que seria substrato da pluralidade; ou o direito, substrutura, apenas traduziria a superestrutura econômica, isto é; o interesse do dono do edifício que passou a ser o de dividir, em vez de manter a unidade, e o direito estaria aquém dos fatos se não atendesse a essa emersão do nôvo interesse. Tudo isso é verdadeiro, se não o direito pode traduzir o interesse econômico ou outro interesse não-econômico, de modo que países de maiores necessidades de divisão dos edifícios somente tiveram o instituto depois do Brasil, ou ainda não tiveram a lei de comunhão *pro diviso* nos edifícios de apartamentos; a materialidade do edifício, a pluralidade resultante de ter sido construído com apartamentos distintos (entrada, salas, quartos, cozinha) não basta para que se possa adquirir a propriedade de um apartamento; tão pouco, a idéia poderia prevalecer contra a inadaptabilidade material do edifício à pluralidade de apartamentos, se bem que a filosofia peripatética, que tanto influiu nos juristas romanos, aqui, no caso dos apartamentos que reduzem as três peças a uma só, pudesse contar o seu tento. A riqueza e complexidade da vida e do homem, mais do que tudo sorriem, por vêzes, das filosofias.

Mas a vida mesma as utiliza como quem põe o pé direito à frente, depois o esquerdo, e vai caminhando.

10. TÍTULO CONSTITUTIVO EM SENTENÇA. O título constitutivo também pode constar de sentença, que seja registável e precisa ser transcrita ou averbada, segundo a hipótese. Adiante falaremos disso.

§ 1.336. Cláusula “reservati dominhi”, pacto comissário e promessas de compra-e-Venda 1.CONDIÇÃO, DIREITO EXPECTATIVO, RESOLUTIVITIDADE. Em princípio é permitido que se submeta a prestação de um direito, pessoal ou real, a *condição;* de modo que a reserva de domínio, em condição suspensiva, é admitida. Está entendido que só se refere à coisa móvel *ainda não adquirida* pelo que sofre a condição. Se já a adquiriu, a convenção seria retro-transmissão da propriedade. O adquirente condicional, que recebe a posse, conserva-a, defende-a, enquanto está em suspenso a condição, e

tocam-lhe todas as pretensões e ações da posse.

Quanto à propriedade, só lhe assiste direito de obtê-la, quer dizer o *Ánwartschaftsrecht,* direito expectativo, que não é simples esperança, ou perspectiva ou probabilidade. Falta-lhe um *plus* para que a aquisição se dê; portanto, para que a relação jurídica de propriedade se estabeleça. Mas *já* há o direito a adquirir um direito; na espécie que nos interessa, a adquirir *direito real.*

Quanto a bens imóveis s exigência da transcrição e o fato de ser essa negócio abstrato não permitiria que se discutisse a suspensividade. O Código Civil somente admite, na aquisícão de imóveis, a *resolutividade.* Após compra-e-venda ou outros negócios jurídicos transiativos da propriedade imóvel (arts. 647 e 648). O pacto de melhor comprador, respeito a ela, somente pode ser resolutivo, ou então não há compra-e--venda (cp. art. 1.159).

O pacto comissório é resolutivo, essencialmente resolutivo (H. BURCKHARD, Zur Lehre von der *lez co-mmissoria* beim Kauf, *Árchiv flir die civilistieche Prazis,* 51, 162 s.) : "ut, si ad diem cedam pecunia soluta non sit, fundas inemtus sit".

2.RESERVA DE DOMÍNIO E PACTO COMISSORIO. Enquanto o pacto *reservati dominii* é moderno, o pacto comissório vem-nos do direito romano: é a *lex cornmissoria.* "Ajustado que se desfaça a venda, não se pagando o preço até certo dia", diz o Código Civil, art. 1.163, "poderá o vendedor, não pago, desfazer o contrato, ou pedir o preço". No parágrafo único acrescentou-se: "Se, em dez dias de vencido o prazo, o vendedor, em tal caso, não reclamar o preço, ficará de pleno direito desfeita a venda". Note-se que só se considerou a condição como resolutiva, segundo li. BrntcKHAIiD, que fora contra a *communis opinio:* e, ocorrida a resolução, tem o vendedor de pedir ao juiz que dê o prazo de dez dias com a cominação, ou que *declare* a resolução (ação declarativa, não constitutiva negativa). Assim tem o vendedor o título para o registro de imóveis. A resolução pode ser estabelecida para o caso de se deixar de pagar prestação, mas, nesse caso, restituem-se as prestações anteriores.

3.PROMESSAS DE COMPRA-E-VENDA. No Decreto-lei n. 58, de 10 de dezembro de 1987, o art. 22 estatuíu:

"As escrituras de compromisso (fl) de compra-e-venda de imóveis não loteados, cujo preço deva pagar-se a prazo, em uma ou mais prestações, serão averbadas à margem das respectivas transcrições

aquisitivas, para os efeitos desta lei". E o art. 28:

"Nenhuma ação ou defesa se admitirá, fundada nas disposições desta lei, sem apresentação do documento comprobatório do registro por ela instituído". O Decreto n. 8.079, de 15 de setembro de 1988, que o regulamentou, foi, no art. 22, mais amplo em dizeres: "As escrituras de compromisso (?) de compra-e--venda de imóveis não loteados, cujo preço deva pagar-se a prazo, em uma ou mais prestações, serão averbadas à margem das respectivas transcrições para os efeitos desta lei, *compreendidas nesta disposição as escrituras de promessa de venda de imóveis em geral".* A Lei n. 649, de 11 de março de 1949, artigo 1.0, deu nova redação ao art. 22:

"Os contratos, sem cláusula de arrependimento, de compromisso de compra-e-venda de imóveis não-loteados, cujo preço tenha sido pago no ato de sua constituição ou deva sê-lo em uma ou mais prestações, desde que inscritos em qualquer tempo, atribuem aos compromissários direito real oponível a terceiros e lhes confere o direito de adjudicação compulsória nos termos dos arts. 16 desta lei e 346 do Código de Processo Civil." O

Decreto n. 4.857, de 9 de novembro de 1989, emendado pelo Decreto n. 5.318, de 29 de fevereiro de 1940, ad.

1"78, *a)* XIV, concebeu o caso das. promessas de venda como de *inscrição,* e não como de *averbação,* distinguindo-o, pois, do registro de promessa de compra-e-venda de terreno loteado (Decreto-lei n. 58, de 10 de dezembro de 1937, art. 49, *b)* Decreto n. 4.857, emendado pelo Decreto n. 5.318, art. 178, e) VI).

Tais promessas não são reservas de domínio: não há, ai, compra-e-venda; há, apenas, promessa de comprar e vender.

A promessa de contratar é pré-contrato, é o *pactum de contrahendo;* por êle uma das parte ou as duas se obrigam a concluir contrato. Promete-se concluir contrato gerador de obrigações. O contrato pelo qual se obriga a transferir a titulo oneroso imóvel determinado, por preço estipulado, é dito *promessa de compra-e-venda,* mas, no plano do direito processual, *pode já ter eficácia de venda.*

4.CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, ART. 1.006 E §§ 1.0 E 2». Diz o Código de Processo Civil, no ad. 1.006:

"Condenado o devedor a emitir a declaração de vontade, será esta

havida por enunciada logo que a sentença de condenação passe em julgado". Acrescenta o § 19: "Os efeitos da declaração de vontade que dependa do cumprimento de contraprestação ficarão em suspenso até o cumprimento desta". Sobre as promessas de contratar, estatuíu o art. 1.006, § 2.0: "Nas promessas de contratar, o juiz assinará prazo ao devedor para executar a obrigação, desde que o contrato preliminar preencha as condições de validade do definitivo".

(a)A força executiva da sentença do Código de Processo Civil, art. 1.006, produz-se no momento em que transita em julgado a sentença. Assim, se o réu foi condenado a consentir na transcrição do imóvel a favor do autor, ou de outrem, enquanto não passa em julgado a sentença; nenhuma declaração (le vontade se tem por firme e, pois, nenhuma transcrição se pode fazer. Nem mesmo naqueles casos em que se trate de execução provisória. Em tais casos, o que se tem por assente é segurança por meio de anotação preventiva, com o efeito apenas de estabelecer ineficácia quanto aos que tratem com o condenado à declaração.

O art. 1.006 foi tirado da Ordenação alemã, § 894; mas CORREIA VELES. *(Doutrina das Ações,* 299) e LEITE

VELHO *(Mono grafia das Execuções das Sentenças,* art. 384) recebiam, a respeito, esboço de doutrina que vinha de MANUEL GONÇALVES DA SILVA e continha, em germe, a solução de hoje.

A construção processual do ad. 1.006 (01. Ordenação alemã, § 894) é a de reputar-se *feita* a declaração, desde que passa em julgado a sentença que condenou o réu a emitir declaração. No direito suíço, a ficção, destinada a substituir a execução, somente foi expressamente estabelecida em caso de cessão (Código suíço das Obrigações, .

ad. 166); mas tem-se entendido que, à semelhança do direito comum (TH. Rn‟p, *Verurteilung,* 9), é possível aplicar-se o mesmo nos outros casos (contra, PFENNINGER, *Realexekution,* 108).

A declaração de vontade, no caso do art. 1.006, § 19, não fica em suspenso; ela se operou como *força da sentença* do art. 1.006, *executiva* e *de condenação,* como provamos. O que se suspende são os *efeitos* da declaração, ou, melhor, do negócio jurídico.

Muitas vêzes a sentença satisfaz inteiramente a finalidade que a ação procurou. t o que ocorre com a decisão declaratória do art 2.0, parágrafo único, ou com o julgado que decreta o desquite, ou a anulação do casamento.

Outras vêzes, munida de sentença, tem a parte a condenação, mas falta-lhe alguma coisa para alcançar o seu fim processual prático. O réu está condenado, não há dúvida. A sentença passou em julgado. Mas o autor não recebe a prestação, se o réu, vencido, não se apressa em solver a divida. Não se tire daí que a sentença de condenação seja

"a meio caminho". Não; no que ela e, está completa, como é completa a sentença declarativa, a sentença constitutiva, a mandamental, a executiva. Falta à declaratória a executividade. Uma não pode pretender que a outra seja absorvida. Não podemos mudar a natureza das coisas que fêz serem diferentes *condenar* e *executar.* Já vimos combinações de condenação e de execução, antecipando-se essa; aqui, porque é preciso condenar primeiro, a execução necessariamente vem depois. Condenando-se primeiro, cria-se força e cria-se segurança que permite execução pelo Estado com mais firmeza ainda do que naqueles casos de títulos executivos que estudamos nas anotações ao ad. 298 do Código de Processo Civil. Dai ser inelidível a ação *judicati,* fruto da idade em que a realização dos direitos se transferiu ao Estado e foi monopolizada por êle. Não basta que se tenha declarado a relação jurídica, nem que se haja condenado o réu, ou o reconvindo; nem, tão pouco, que o devedor haja permitido a ingerência do credor. Só o Estado executa *forçadamente,* de modo que, fora da execução voluntária, a ação executiva é o caminho que se tem por único.

A atuação do Estado não é automática; salvo raras exceções, em que a lei é expressa, o Estado sentencia, e queda-se indiferente à execução. A execução forçada supõe, de regra, a provocação. O autor é executante; o réu, executado. As medidas processuais de coação dirigem-se ao patrimônio do devedor, executado, réu. Raramente, contra a pessoa. Nisso o direito de hoje já se distanciou imenso das formas primitivas.

As duas classes mais conhecidas de execuções, quanto à prestação devida, são as execuções por dívidas de dinheiro e as execuções por dívidas de coisa certa, ou em gênero. Mas omitem-se, assim, as dívidas de fazer e de não fazer. Alguns países possuem juizes para as três classes. O Brasil, não. Isso cria certas dificuldades no casos de condenação, por exemplo, à declaração de vontade, segundo o ad. 1.006, se essa declaração está sujeita a efeitos constitutivos através de registros; mas, em princípio, tem-se como operada toda a eficácia *entre as partes* desde que transite em julgado a decisão.

A executividade, nos casos do art. 1.006, não é só *efeito:* a sentença tem *força executiva,* é sentença executiva, em ação executiva, *lato sensu.* O ato do juiz tem a mesma eficácia que aquele que o réu, devedor, tinha de praticar e não praticou. Por exemplo, se o réu devia

ceder algum direito, esse direito passou, pelo fato do trânsito em julgado da sentença, ao autor (ou ao terceiro, a favor de quem estipulara o autor), a despeito da inatividade do réu, O *momento* da coisa julgada é o momento em que a *declaração de vontade* se tem por prestada. Não há, pois, falar-se de *execução da sentença.*

A sentença do ad. 1.006 é executiva *lato seneu.* Partindo-se daí, podem ser explicadas situações que nenhuma outra concepção poderia explicar. As conseqüências decorrem facilmente. O elemento declarativo não chega a prevalecer, nem serviria a se derivarem dele as conseqüências que são próprias da sentença do art. 1.006, nem a com êle se esclarecerem certos aspectos dos problemas. O elemento constitutivo, esse, é ocasional. Não há dúvida que o elemento de condenação emparelha com eles, mas o elemento executivo prima, porque o pedido já é, em si mesmo, pedido de execução: a sentença apenas se faz, em vez do título executivo (isto é, para execução), o titulo *da execução que* se *pronunciou,* deferindo-se o pedido. Ai está a diferença maior: o título executivo é título da pretensão a executar; a sentença do ad. 1.006 é título em prestação jurisdicional para se executar, *uno actu,* a pretensão a executar. Diz P. CALAMANDREI *(Studi,* III, 35), que, em vez de haver título executivo no começo da ação, há ação executiva cuja prestação jurisdicional é que é o titulo; mas essa explicação não basta: o negócio jurídico, em sistema que possui o art. 1.006, tem o seu documento, que é título executivo; apenas a ação é ação executiva que termina por sentença, que é de declaração, condenação e *execução.* Nas ações do art. 298 há adiantamento de execução (antes da condenação) ; nas ações de condenação, a sentença serve de título à execução (a condenação é antes da execução); na ação do art. 1.006, condenação e execução são simultâneas, estão na mesma sentença.

(b) Quanto às promessas de contratar, a lei processual brasileira contém regra de direito formal, que tem a conseqüência de reduzir a uma só a regra de admissão das promessas de contratar em geral quanto a certa eficácia: as promessas de. contratar são já como os contratos, se observaram os pressupostos que a lei exige ao contrato prometido. Tal verificação escapa ao juiz da execução da sentença, porque essa já deve ter decidido quanto à validade do fundo e da forma da promessa de contratar. O art. 1.006, § 2.0, permite a *ação executiva.*

O juiz a que se refere o art. 1.006 deve *mandar* transcrever. £ efeito m *andamental* da sentença.

Sobre lotes de terreno e imóveis em geral, veja o Tomo XIII.

§ 1.837. Escritura de constituição

1. FORMA. A escritura de constituição da divisão do edifício em apartamentos está longe de ser a *forma* de um só negócio jurídico. Sob essa forma, enfeixam-se diferentes negócios jurídicos, com as mais variáveis declarações de vontade. O cerne, porém, está (1) no negócio jurídico de divisão do edifício do prédio em apartamentos e (2) na alusão frise-se isso *na alusão* à futura comunhão. Não é preciso que essa comunhão já exista. O conceito

"comunhão *pro divisa"* dissocia-se em dois, porém o segundo, pela ordem do nome, não é necessariamente *posterius:* o que mais acontece e está na ordem lógica é o vir primeiro a divisão. O *prius* pode ser a comunhão e pode ser a divisão. Se A, B, C, Z, são condôminos do terreno e edificam, de modo que lhes caibam, respectivamente, os apartamentos A, E, C, Z, a comunhão preexiste à divisão: dá-se transformação da comunhão pra *indivisa* em comunhão *pra diviso* no edifício de apartamentos, sendo invocável o art. 631 do Código Civil. Se A é que é o dono do terreno e edificou para alienar, registando a divisão, e aliena os apartamentos B, C, D, Z, àquelas pessoas, retendo o apartamento A ou alienando-o a outrem, a divisão preexistiu à comunhão.

Na *história do imóvel,* a comunhão pode preexistir à divisão; na *história dos apartamentos,* não: a divisão preexiste, conceptualmente, à comunhão. Porque o conceito de apartamento depende da divisão, e não da comunhão. Essa pode, até, não existir.

Aqui há um ponto a que temos aludido e merece insistirmos.

O edifício, pode ser dividido e levada a registro a divisão, conforme os arte. 285 e 286 do Decreto n. 4.857, de 9

de novembro de 1989 (averbações). A unidade do edifício passa a associar-se à pluralidade: os apartamento. e as respectivas partes indivisas no terreno e no edifício exeurgem, pela nova ideia da coisa; o registro coloro a divisão material e a faz jurídica; as repartições fiscais, a que se comunique, têm de atender à nova composição unamúltipla do predio.

3.CLÁUSULAS DO TITULO CONSTITUTIVO. Nos titulos *constitutivos* da

comunhão *pro divisa,* ou na convenção que a unanimidade dos comuneiros faça para traçar as linhas do que lhes pertence em comum, ou privativamente, convém que se inclua o seguinte:

1)O nome de cada um dos comuneiros, promitente comprador ou adquirente por escritura definitiva, com referência aos antecessores, se os houve, entre eles e o proprietário ou proprietários do terreno.

Exemplo: Apartamento A. Promitente comprador (ou proprietário), A, que o obteve do proprietário do terreno (ou dos proprietários, ou de D, ou E, ou F, promitente comprador ou anterior proprietário), conforme o registro feito (indicá-lo).

2) A indicação do número e andar de cada apartamento, preferivelmente após a indicação 1), das peças que o compõem, área, dependências separadas do apartamento mas divisas, das pertenças e da parte ideal que lhe toca no terreno ou na construção. Exemplo: Apartamento lA: no primeiro andar, composto de dez peças (três salas, quatro quartos, banheiro, cozinha, quarto de empregado) e área livre, com tanques de lavar; área, 260 metros quadrados; parte ideal no terreno, 1/20.

3) A afirmação de que ajustaram e decidiram, nos termos que se seguem, regular entre si o exercício dos seus direitos, ao mesmo tempo que confirmar os seus direitos no prédio, para que sobre esses e sobre aquele não haja dúvida, tudo de acordo com a legislação vigente nesta data.

4) A indicação de que o prédio está sendo construído (ou está construído) em terreno de área ..., com as dimensões ..., ocupando, nele, a área ..., com as dimensões ...). A escritura da aquisição do terreno, indivisamente, dar-se-á quando ... (ou já foi feita a ... e acha-se registrada no livro ...).

5) A indicação das partes integrantes de propriedade comum *(pra indiviso)* : o terreno, o esqueleto do edifício, os muros e portões, os corredores de livre acesso.

6) A indicação das partes integrantes de propriedade dos comuneiros de cada andar: as salas de festas, comuns, que se construíram nos andares 4º e **5º;** os espaços para os quais só os apartamentos de cada andar tenham acesso normal.

7) A indicação das partes integrantes de apartamentos vizinhos, como o jardim comum a dois apartamentos, ou a garagem pertencente aos apartamentos lA, 2A e SA, ou lA, lE e 1C. Não é preciso mencionar o que, segundo as regras de *direito,* pertence em comunhão *pra indivisa* ou por metade sem indivisão (parede-meia, muro-meio).

8)A declaração de vontade sobre o quórum e votação exigidos para a alteração nas coisas comuns, tais como aberturas de paredes, substituições de portas por janelas, ou vice-

-versa.

9)A indicação de que as alterações pelo construtor (ou pelos comuneiros) não podem atingir as partes divisas, ou quais as que podem ser feitas ainda que o comuneiro ou comuneiros não dêem a sua permissão.

10)Se fOr o caso, a enunciação de que as partes divisas, além dos apartamentos, são: os armários numerados embutidos no salão do subterrâneo, cada um de exclusiva propriedade e uso dos comuneiros; as garagens que também correspondem aos números dos apartamentos, numeradas da direita para a esquerda de quem entra; os guarda-malas, também situados no subterrâneo, que são iguais em área e desiguais em dimensão, todos de propriedade de cada comuneiro, porém de uso acordável entre eles por troca bienal, prorrogável, mas de comunicação obrigatória prévia aos demais comuneiros.

11)Cláusulas úteis. As alterações nas partes comuns e nas pertenças comuns devem ser sugeridas co m antecedência de dois meses em relação à assembléia que as tenha de adotar. As alterações urgentes têm de ser sugeridas com a assinatura de um têrço, pelo menos, dos comuneiros.

12)Cláusula útil: O administrador é autorizado a remover o que haja alterado o uso comum ou tenha dado destinação irregular a alguma peça, à custa do comuneiro culpado.

13)Indicação sObre as instalações internas e canalizações, dizendo-se, por exemplo, que tOdas elas, até à linha tronco, hão de ser reparadas pelo comuneiro interessado. Quando o estrago se der na linha tronco, os reparos são por conta de todos os comuneiros, salvo quando um ou alguns deles tenham sido os causadores, casos em que a responsabilidade é segundo os princípios.

14)Indicações sObre o que se proibe, quanto a horário, quanto à

fachada, vasos de flOres, toldos, etc.

15)Cláusulas úteis: Os comuneiros, por si e pelas pessoas que, a qualquer título, estiverem na posse do apartamento,obrigam-se: a) a não usar, comodar, alugar ou permitir nele clube de jOgo, ou jogos profissionais ou quotidianas, clubes de danças ou danças profissionais ou quotidianas, clubes de musica ou execuções musicais quotidianas; b) a não permitir que lhe habite pessoa de maus costumes, ou perigosa; o) a não ter ou permitir casa de comércio, ou escritório, ou consultório, mantendo-se ao edifício o seu caráter estritamente residencial; 4) a não remover pó de tapetes e cortinas senão por meio de aspiradores; *e)* a não estender ou fazer secar roupa, qualquer que seja, nas janelas, ou noutro lugar visível por quem se ache **fora** do edifício, ou nas áreas internas comuns; t) a não usar alto-falante; g) a não usar instrumento de música em acordo com **as** lote municIpais, os direitos do vizinhança o o 06-digo Civil, mil. 160, 1, ou depois das anis haras, salvo em dias de recepção, no máximo de uma por semana; k) não lançar pa$is, cigarros, objetos, lixo, etc,, a não ser nos tubos próprios, ficando entendido que a Infração á punida com a multa de mil cruzeiros que será aplicada em melhoramentos do jardim; () a não exibir letreiros nas portas, nas janelas, nos elevadores, nas escadas ou em qualquer parte Indivisa, ou parede ou porta ou janela da parte divisa visível de fora do apartamento, salvo o nome em cartão no lugar~ próprio de cada entrada de apartamento (ou no quadro de comuneiros, posto na parede da entrada); /) a não **decorar paredes** o esquadrias externas, som ser em comum, ou alterar a côr, a tonalidade ou os desenhos; h) a não usar aparelhos térmicos que não sejam a gás ou eletricidade; 1) O, outro papel que o do destino próprio o boa qualidade; 0) a respeitar o Regulamento interno do Prédio, elaborado por algum ou alguns dos comuneiros e aprovado pela maioria (ou dois terços), sujeitando-se a multa da letra M.

10) Clausula útil Todo o serviço dos apartamentos será feito pela escada própria ou pelos elevadores próprios, sendo vedado aos empregados o uso do elevador principal, exceto se acompanhando pessoa dos apartamentos; bem como a banhistas, pessoas em traje de jôgo de futebol, etc.

17) A indicação do tempo e lugar das reuniões da assembléia; *e.* g., a assembléia dos comuneiros reunir-se-á cada ano, na última quinzena de dezembro; dirigi-la-á presidente eleito na ocasião; e cabe-lhe: a) fixar o orçamento para o ano a iniciar-se; *b)* eleger o administrador (um dos comuneiros), ou escolher firma de administração predial, ou nomear administrador; *e)* fixar a remuneração pela administração; *d)* aprovar os atos e contas do administrador no ano a findar; e) impor as

multas regulamentares aos comuneiros que hajam infringido regra adotada no Regulamento Interno. As decisões serão tomadas, em reunião de primeira convocação, por maioria absoluta de votos e com a presença de, pelo menos, dois terços dos comuneiros; em reunião de segunda convocação, por maioria, se compareceram metade mais um; em reunião de terceira convocação, por maioria dos que compareceram.

18) A indicação de que tudo que concerne ao direito de propriedade e seu conteúdo somente pode ser alterado por unanimidade (ou por três quartos dos comuneiros, etc.).

19) A indicação de que a cada apartamento corresponde um voto (ou segundo a área ou fração do terreno). No caso de condomínio do apartamento, os condôminos são representados por uma só pessoa (eleita por eles, ou o tutor dos menores condôminos, etc.). As procurações hão de conter poderes para votar e têm de ser depositadas, três dias antes da reUnião, em mãos do administrador.

20) Cláusula útil: O comuneiro em atraso em despesas ou multas não toma parte nas deliberações sobre administração. Os votos, se comparecerem e votarem, são nulos.

21) A indicação de que as deliberações serão registradas no *livro de atas,* de fOlhas rubricadas pelos comparecentes (ou pelos comuneiros, antes), com abertura pelo secretário da assembléia, de que tenha de constar, em primeiro lugar, a assinatura do presidente. As atas têm de ser assinadas pelos comuneiros presentes à reUnião, devendo ser remetidas aos ausentes cópias assinadas pelo presidente, sem que isso signifique só ficarem obrigados se receberem.

22) Cláusula útil: Na portaria do prédio e sob a responsabilidade do porteiro, há *livro de ocorrências,* em que esse lançará o que lhe pareça dever ficar escrito e no qual cada comuneiro pode escrever o que mereça ser consignado.

28) Por exemplo, sobre poderes do administrador:

a)representar ativa e passivamente os comuneiros, perante as repartições públicas, federais, estaduais e municipais; *b)* representá-los em juízo ou fora dele, nos assuntos concernentes à administração; e) nomear e demitir empregados, fixando o ordenado dentro da verba do orçamento; á) ordenar qualquer consêrto, ou reparo, ou substituição, até **à** despesa máxima de mil cruzeiros, devendo, se exceder, convocar reUnião imediata dos comuneiros, se for urgente; *e)* apresentar as

contas a 15 de dezembro de cada ano, exibindo os documentos respectivos; *f)* apresentar anteprojeto de orçamento para o ano seguinte; g) fazer cumprir o Regulamento Interno; h *)* cobrar as partes das despesas que forem atribuidas aos comuneiros.

24)No caso de locação, o~ contrato semelhante, as cláusulas úteis seguintes: a) Os comuneiros; se resolverem como ar, locar, ou por outro título dar o uso da coisa a outrem, devem tornar parte integrante do negócio jurídico as declarações de vontade e explicitações constantes do presente titulo (ou convenção) ; b) No caso de inobservância da regra ,pode o administrador promover a *declaração de ineficácia* do contrato, alegando a *restrição de poder* contida neste ato e registrada devidamente no Registro de Imóveis, e as demais ações cabíveis, além da multa de ... ao comuneiro infrator; *e)* O mesmo acima dito estende-se aos contratos de alienação.

(Cumpre observar que o *registro* com essas proibições, ou apenas a cláusula inicial "... por seus sucessores, ou quem tenha o uso por qualquer titulo", torna *obrigatórias* as regras, ainda que o alienante, ou decujo, ou, em geral, autor, nada tenha dito no nôvo titulo. Ai, a omissão é *ineficaz.* Alguns contratos, que temos visto, incluem:

"No caso e não-observância, o administrador promoverá pelos meios legais admissíveis a *anulação* dos respectivos contratos, despejo do ocupante, etc. No caso de alienação, sem tal observância, o fato acarretará a nulidade da escritura, etc.". Não está certo. Há confusão entre *nulidade* e *ineficácia.)* 25) Cláusula útil: Há preferência, em caso de alienação de algum apartamento, a favor dos outros, em relação a estranhos. (Também aqui se costuma inserir, se não se cogita de tal preferência, a cláusula "de renúncia aos direitos oriundos dos arts. 683 e 1.139 do Código Civil", porém nem o artigo 638 se aplica aos edifícios de apartamentos, no que se

refere à propriedade, nem o art. 1.139 tem incidência em caso de comunhão *pro divisa.* O que a Lei n. 5.481

mandou reger-se pelo Código Civil foi "o condomínio por meação de paredes, soalhos e tetos dos apartamentos".) 26) Cláusula sobre o seguro; *e.* g., o seguro será sobre o valor ..., na Companhia ... (ou na que o administrador escolher), dividindo-se em quotas iguais As das áreas (ou das frações no terreno, ou do valor atual dos apartamentos, etc.).

27) As partes indivisas dos terrenos, em quadro de comuneiros, e o valor dos apartamentos, devido a obras privativas; e a indicação de

como se dividirá a indenização em caso de desapropriação ou perda do edifício.

28) A permissão de seguros maiores privativos (o que aliás se subentende).

29) Enumeração das despesas comuns.

§ 1.338. Título constitutivo e regulamento

1. CONTEÚDO DOS DOCUMENTOS. É cheio de riscos tratar-se do conteúdo do título constitutivo e do conteúdo do regulamento como se fossem iguais. Não no são, ainda quando os sujeitos de direito que são autores (no sentido de "autor", em "chamamento à autoria") sejam também comuneiros (terreno dos que são, hoje, comuneiros e edifício construído por eles), ou quando o regulamento tenha sido elaborado e assinado entre comuneiros e incorporador. No título constitutivo, procede-se à *divisão;* não necessAriamente à *comunhão:* o título constitutivo é o titulo da propriedade *pra indivisa* do terreno e das demais partes indivisas do edifício e da propriedade *pro divisa* dos apartamentos. Se êle entra na matéria regulamentar do uso das partes indivisas, portanto, se vai além da função discriminatória do que é indiviso e do que é diviso e do que a cada parte divisa corresponde no indiviso, é-lhe possível, porque todo título constitutivo de condomínio (o titulo não é só referente a partes divisas) pode cogitar da administração, do uso comum do bem imóvel, da conservação dele, ou deixá-lo às regras dispositivas do Código Civil, ou, se há partes divisas, como na hipótese, às regras dispositivas da Lei n.

5.481. Em todo o caso, existe diferença material entre título constitutivo e regulamento. Aquele atribuiu; esse regula. Aquele disse, uma vez por todas, o que tinha a dizer; esse diz para o futuro e até que se não modifique.

Aquele dividiu e marcou as linhas gerais permanentes. Esse vai vigorar se e enquanto os comuneiros entenderem.

Nem a inserção de regras regulamentares no titulo constitutivo o torna menos titulo constitutivo, nem a transcrição ou citação de proposições do título constitutivo no regulamento lhe infringe o caráter de titulo constitutivo.

2.RELAÇÃO JURIDICA DA INCORPORAÇÃo. Os incorporadores, ou

como intermediários, ou por si, ou como donos, ou como procuradores dos donos do terreno e do edifício, tomam parte no negócio jurídico constitutivo, que é *atributivo* da propriedade (indivisa e divisa) ao mesmo tempo que "dividente", operação lôgicamente anterior à atribuição da propriedade das partes divisas. Não são partes no regulamento, ainda quando neles figurem: ou servem de gestores de negócio, ou de mandatários, ou de simples intermediários (corretores) *entre* os contratantes, que são os comuneiros. Se inserem esse regulamento no ato constitutivo, ou o fazem uma das cláusulas do seu contrato com cada um dos futuros comuneiros, de modo que a regulamentação do uso comum preceda a constituição da propriedade comum, o regulamento não se torna negócio jurídico entre eles e os futuros comuneiros, a despeito de tal antecipação, O seu papel ou é o de técnico de concepção e redação de regulamentos, ou Me faz conteúdo de alguma cláusula de contrato *seu* o negócio jurídico do regulamento, que é convenção entre os futuros comuneiros, ou, até, se for o caso, comuneiros atuais.

3. FUNDO, FORMA E REGíSTO. A distinção é assaz importante quanto ao fundo, à forma e ao registro. O que é essencial e estritamente próprio do conteúdo do ato constitutivo só se refere à propriedade e sua distribuição; e a incorporação pode inserir nele tudo que o alienante poderia inserir se se não tratasse de comunhão *pra diviso* em edifício de apartamentos. Quanto A forma, a escritura pública é da substância, se o valor ex cede portanto excede sempre de dez mil cruzeiros (Código Civil, art. 134, II). Quanto ao registro, o ato constitutivo só tem eficácia real se transcrito, O regulamento, qminto ao fundo, s~mente pode conter o que aos comuneiros é dado *convencionar* por unanimidade, ou por maioria; e estranhos não tomam parte, porque o regulamento deixaria de ser do edifício e entre comuneiros, para ser, por exemplo, de um quarteirão, ou de um boteI, ou de um colégio, ou de um clube que ocupa dois edifícios de apartamentos. O regulamento do hotel, do colégio, ou do clube, ou de outro estabelecimento que tem muitos prédios, é inconfundível com o regulamento entre comuneiros. Ainda quanto à forma, o regulamento pode ser por escritura pública, ou por escrito particular, ou constar de sentença, ou termo a que se reporte a sentença, e a sua aformalidade não lhe tira a eficácia própria. Quanto ao registro, o regulamento é, de regra, Irregistável no registro de imóveis. Outra questão é a da registabilidade de algumas convenções que nele se inseriram ou a que se referiu. Porém aí só o exame a *posteriori* de cada convenção pode responder. O

regulamento pode ser registado como „„titulo e documento"".

4. PARTES INDIVISAS. No título constitutivo, ao se discriminarem as partes divisas e as indivisas, é licito estabelecer-se que as partes indivisas A, B e O somente tenham por titulares da propriedade *por partes indivisas* os donos de certo andar, ou os apartamentos pares ou ímpares. No regulamento, isso só diz respeito ao *uso comum* e sua *repartição,* sem redistribuição da *propriedade: e.* g., era apenas dos donos dos apartamentos sitos no último andar, ou se era de todos, e o regulamento permitiu que todos a usassem, ou só a usassem os donos dos apartamentos do último andar, regulou-se uso, *exerci* cio do direito de propriedade, com a cessão gratuita, se todos passaram a poder usar o que só a alguns pertence; não, porém, a propriedade. Tão pouco se há de incluir em regulamento constituição de usufruto, uso (direito real), habitação, hipoteca, anticrese. São, porém, matéria de regulamento o serviço de juros e a amortização da hipoteca de todo o edifício.

5. Uso SUCESSIVO. Se o ato constitutivo tratou do uso sucessivo, alternativo, por turnos, ou dias, ou meses, ou outros períodos, de alguma parte indivisa, ou se marcou os dias que os comuneiros escolheram para ocupar salões de baile, ou de conferências, ou de cinema, ou outro qualquer *(e.* **o.,** os dias dos aniversários dos donos dos apartamentos), entende-se que o inseriu como regulamentação do uso. Dá-se o mesmo nos casos do forno, da lavanderia, das bombas, dos carros, ou automóveis comuns. Também se há de interpretar que as datas pessoais são substituíveis (direito formativo gerador, exercivel pela simples *comunicação de vontade* e *comunicação de conhecimento* **da** *data)* pelas datas pessoais dos que venham a morar no apartamento ou utilizá-lo permanentemente (outras pessoas da família, locatários, filhos recém-nascidos, ou em volta ao lar).

Outro assunto que pode entrar no titulo constitutivo no regulamento é o número máximo de pessoas que podem residir em cada apartamento. Essa cláusula de direito privado somente é *nula* se alguma lei de direito público (federal ou municipal), atendendo, por exemplo, à falta de tetos para a população, adota a vedação (federal) da cláusula, ou não permite habite-se a casas de aluguer que não satisfaçam o máximo de lotação, ou não o deixem livre. Não havendo tal lei, o máximo é fixável pelo titulo constitutivo ou pelo regulamento. Mas esse máximo, fixado em regulamento, não pode ser inferior ao número de peças destinadas a dormitório, porque, então, seria desarrazoado; posto que a destinação das peças, lealmente feita, possa ser fixada, frisando-se quais os dormitórios.

CAPITULO III

DESTINAÇÃO DO PRÉDIO EM COMUNHÃO “PRO DIVISO”

§ **1.339.** Conceito de destinação

1. DEFINIÇÃO . Os prédios têm destino. Destinam-se terrenos. Destinam-se casas. Destinam-se grandes edifícios. Também aqui há a destinação dita material e a destinação dita negocial. Mas, rigorosamente, toda destinação material que se exprime, suficientemente, na forma do prédio, a ponto de ser como destinação jurídica, nada mais é do que declaração de vontade que se gravou na arquitetura ou no plano do edifício. As leis falam, a cada passo, de destino da coisa. A disposição dos edifícios de maneira que se distribua o espaço em apartamentos é exemplo de destinação material, *destinação* dada à *diviso.* O edifício de apartamentos dividiu-se para se destinar. É possível, porém, que se lhe dê destino ainda mais preciso: em vez de ser somente o de divisão material em eventual comunhão *pra diviso,* a destinação a residências de membros de um clube, ou dos sócios de uma empresa. *Destinação é* a determinação de fim que se atribuiu ao bem. Não é, por si, relação de direito. Supõe relação de direito *(e.* g., disposição testamentária) ou fato material que influa em alguma relação de direito *(e.* g., construção de edifício para hospitais, com os seus quartos próprios, salas de desinfecção, salas de cirurgia, etc.).

A eficácia e a intensidade da eficácia da destinação dependem da relação jurídica de que elas provêm. O

“destino” ou “uso” a que se referem os arts. 1.192, 1, e 1.193 do Código Civil, e o art. 624, 1, são, grosso modo, o mesmo; porém

salvo está visto destinação especial, como a oriunda de cláusula testamentária. Cp. Lei n. 285, de 5 de junho de 1948, art. 1.0. Assim, tem-se de entender a lei como se dissesse “apartamentos destinados a exercício de profissão ou residência”.

4. PARTES INTEGRANTES COMUNS. O terceiro elemento determinativo da destinação do edifício **é** a existência de partes integrantes *comuns.* Ainda que se concebesse edifício em que cada

apartamento tivesse a sua entrada independente, o seu elevador, o seu serviço de limpeza, estaria ele destinado ao que pareceu acertado ao arquiteto: nenhum dos comuneiros poderia, por exemplo, exigir a porta comum, porém nenhum deles, tão pouco, poderia ir além da metade da parede-meia ou além da metade do soalho-e-teto ou teto-e-soalho, nem alterar o esqueleto da construção, ou a forma externa. E o terreno seria comum.

5.ADEQUAÇÃO MATERIAL A ALGUM FIM. O quarto elemento determinativo da destinação do edifício já é de escolha dos comuneiros, ou do incorporador, ao conceber o plano do edifício ou aceito por eles: a adequação material a algum fim, de modo que se plasme ou adapte a *forma à* utilização prevista, *e.* g., o edifício de apartamentos somente para garagem de automóveis.

Imposta pelo ato constitutivo, ou pelo regulamento, ou convenção unânime dos comuneiros, ou por lei, nos casos em que as leis de direito público podem determinar o uso do edifício, a destinação opera como restrição aos poderes dos comuneiros em separado.

Pode dar-se que se destine o edifício sem se escrever qual o seu fim, ou sem se ter deixado na forma a destinação.

Aqui, na falta de qualquer dado material - ou escrito, é possível que ela resulte do *uso* que se tenha efetivado por parte de todos, dos *usos* e *costumes* (no sentido de *negócios jurídicos* e *práticas reiterado-e* em tais casos; não no de costume-regra jurídica), do *usa* por parte de alguns, ou de um só comuneiro seguido pelo silêncio dos outros, ou pela aquiescência. Cumpre que se distingam: a) as destinações por manifestações de vontade diretas ou imediatas (melhor do que expressas, cp. C. CROME, *Svstem,* 1, 381) *b)* as destinações por manifestações de vontade

indiretas ou mediatas, que se exprimem através de palavras ou atos que não tiveram por fim próximo essas manifestações *(facta cancludentia) c)* as destinações pelo silêncio, sempre que o comuneiro sabia que o seu silêncio seria interpretado ou poderia ser interpretado como consentimento à destinação dada por um ou por alguns; *d)* as destinações por declaração de vontade presumida, como se, havendo lei de direito público que exija a comunicação da destinação ao Estado (União, Estado-membro, Município), essa tem como escolha de certa destinação a falta de declaração *(praesumptio iuris)*.

6.Poa LEI OU POR EFEITO DE NEGÓCIO JURÍDIcO. A destinação

pode provir da lei ou ser efeito de algum negócio jurídico, como se o testador deixou os apartamentos a pessoas, de sua família ou não, com o legado da habitação a outras, ou se o testou a uma só pessoa com a deixa da habitação a outras.

„7. DESTINAÇÃO PARA GUARDAR. Se há porão em que se possam colocar mobílias, ou malas, e um ou alguns comuneiros o utilizam como guarda-móveis ou guarda-malas, sem que o ato constitutivo ou o regulamento do edifício houvesse cogitado disso, tem-se de indagar se o silêncio dos demais pode ser tido como aquiescência à destinação. ~ de recomendar-se, nesse ponto, toda a atenção na apreciação da prova. Se a utilização exige obras, está claro que o consentimento tem de ser escrito (arg. aos arts. 8.0 e 10 da Lei n. 5.481). Por outro lado, a impropriedade do nôvo uso muitas vêzes basta para que se exclua o silêncio como declaração de vontade consentinte. E. g., se o comuneiro estende roupa no jardim, ou no vão da escada de serviço, ou se dependura mostruário úo átrio ou no Mil do edifício residencial, ou pôs mesa de pingue-pongue no salão de recepção, ou se fêz de uma das salas comuns, destinada à espera, refeitório de crianças, ou se construiu armação para secagem de roupas no pátio central ou na coluna de ar até a clarabóia.

A planta e o plano, se o ato constitutivo nada diz, nem o regulamento do edifício, são declarações de vontade no tocante à destinação, enquanto não se prova terem sido substituidas por outra. O juiz, examinando o caso, não tem arbítrio; há de examinar detidamente a questão de fato, para que possa responder se houve, ou não, consentimento. Os meios de prova. são os do Código Civil ou do Código de Processo Civil.

8.MUDANÇA DA DESTINAÇÃO. Se não resulta de lei ou de ato constitutivo, ou convenção posterior, unânime, que inclua a irrevogabilidade, nos raríssimos casos em que é admitida (e. g., doação modal, reserva ou doação da habitação), a destinação pode ser mudada pela convenção unânime dos comuneiros. Também acaba: se provinda da lei, quando cessa a mcidancia dessa; se provinda da natureza de algum direito real, ou cláusula, se aquele ou essa se extingue.

§ 1.841. Deatinaglo da parto, lntqrantua comuna

1.PARTICULARIDADE = Há a destinação do todo do edifício o a

destinaçãode cada uma das partem. Os principiam mão os mesmos; porém aparecem, na prática, cortam particularidades. Um corredor não o lugar para me porem malas, ou brinquedos, ou carros de crianças malas para brinquedos de criança não mio guarda-móveis, nem lugar em que se permitam caem o espaço próprio para exibições de filmes, ou secagem de roupa, nem salões de recepção se prestam para ginástica, ou consultai médicas, No corredor ou no lido comum, o proibido que se coloque cubículo de telefone, ainda que seja pára uso comum; se os outros comuneiros não consentiram Nem nos jardins se permite, sem anuancia de todos, casinhas para cães, ou pombais, ou viveiros de passaros, ou oficina para reparação de automóveis, ou galinheiros. Também a infração do art. II, 4), da Lei n. 5.484, dar-se a automóvel na entrada da casa, ou em qualquer dos lugares do jardim ou do pátio Ou usar andaimes para limpeza de vidros das janelas e permanecerem , mais do que o tempo estritamente necessário, Pode dar-se que o uso da parte Indivisa, do que a destinação, seja iniciado por um ou alguns comuneiros. O que vem usar depois não pode usá-la de modo que impeça a continuação do uso iniciado pelo outro ou pelos outros. O

prior in tem pare ganha preferência. Há fixação do uso pelos que primeiro usaram, se respeitaram a destinação.

2.Distribuição DO ESPAÇO. Todos os apartamentos foram concebidos segundo plano de distribuição do espaço (Lei n. 5.481, art. 11, a), *verbis* “distribuYção interna dos compartimentos”) ; de tal forma que se lhes calcularam ar e luz. Se qualquer dos comuneiros procede de maneira que tire o ar e a luz, que iam para o outro apartamento, causa dano ao dono dessoutro. Tratar-se-á de *abuso de direito* ou de *culpa Aquiliana,* conforme os pressupostos.

Não se pense em servidão. TOda servidão é *entrada,* invasão (restrição), por direito, no conteúdo do direito de propriedade do prédio serviente. Ora, nos casos de que cogitamos, a invasão é ilegal, é contra direito. Não há servidão de luz, que retirasse qualquer parcela do conteúdo do direito de propriedade do prédio serviente; ao prédio serviente corresponde conteúdo, um de cujos limites é a luz ou o ar do outro prédio.

Nenhum dos comuneiros pode, sem o consentimento dos outros, ajardinar o terreno, ou colocar jarrões de plantas, ou cantoneiras, ou estátuas, na entrada do edifício, pelo lado ex-temo ou pelo lado interno, ou no átrio ou *hall,* ou nos corredores, ou junto às portas dos elevadores.

Tudo que acima se disse também vale para as outras partes integrantes comuns, como os patamares, os terraços, as varandas, varandins, terrenos dos fundos não utilizados, pérgulas, escadas, mesas de pedra ou de metal, banco de jardins, campos de tênis ou outros jogos.

3. PAsSAGEM. Tão pouco poderiam os comuneiros ou algum comuneiro dar passagem a terceiros pelo prédio, ou pelo andar superior para ir a algum restaurante ou bar, ou sala de espetáculos de andar superior. Nem constituir servidão que passe por parte indivisa; ou que dê para parte indivisa.

O edifício, tal qual é e tal qual o fêz o uso a que foi destinado, há de manter o *status quo.*

4. PRÉDIos CONTtGUOS. Quanto aos prédios contíguos, qualquer ato dos comuneiros tem de ser. *unanime,* ainda que o dono do prédio, ou de parte do prédio contíguo, seja o mesmo do apartamento, por onde, ou junto ao qual, se serve ao prédio contíguo. A servidão somente se constitui por ato de todos e só é suscetível de usucapião contra todos.

5. Uso COMUM. Sempre que seja do *uso comum* certo ato (aguar as plantas, limpar o corredor, manter lâmpadas na entrada, ter tapêtes no *hall* e nos elevadores, etc.), cada comuneiro é legitimado a praticar os atos que mantenham o *status quo,* desde que não variem de escolha e gôsto *(e. g.,* a qualidade e côr dos tapêtes).

6. COMUNIDADE SUBJETIVAMENTE RESTRITA DO USO. A destinação da parte indivisa não é necessariamente a favor de todos os comuneiros. Se o prédio tem dois salões de festas, *e.* g.. um com elevador que o liga aos andares 1, 2 e 3 e outro com elevador que parte do quarto andar, a destinação pode ser por andares de baixo ou de cima, ou por andares de números todos, entende-se que só os comuneiros do andar têm o uso pátio de jogos, é razoável que a destinação seja por andar, sem se afastar que se tenha mantido a destinação ao uso de todos. A construção do edifício pode ter precisado, de si só, da destinação subjetivamente parcial (comuneiros do andar, ou dos andares a, *b* e *e),* de que é exemplo a comunhão com dois edifícios, mas também a que haja caracterizado o acesso.

As partes indivisas, se não houve pré-distribuição, têm-se como de uso comum de todos; se houve exclusão do uso por todos, entende-se que só os comuneiros do andar têm o uso comum. Para se constituir

servidão na parte indivisa, não basta indagar-se quem tem o uso comum; é preciso saber-se quantos são os titulares do direito real sobre as *partes dominicae,* porque todos eles precisam consentir. O comuneiro, que é dono *pra parte,* porém não tem o uso comum, é comproprietário e compossuídor mediato, e os outros que não têm o uso comum são comproprietários e compossuidores mediatos; os que têm o uso comum são comproprietários e possuidores plenos.

§ **1.342.** Destinação das partes divisas

1. APARTAMENTO. Também a destinação dos próprios apartamentos, partes divisas, é de relevância nas relações entre comuneiros. **Já** nas relações entre vizinhos de prédios contíguos se observa a exigência de se exercer, *regularmente,* o direito de propriedade (Código Civil, art. 160, 1); já ocorrem as diferentes *limitações* ao conteúdo do direito de propriedade, de que ainda falaremos e que foi objeto de estudo no Tomo XI, § 1.163.

Também entre os donos de apartamentos a

destinação deles é de importância para se verificar se houve, ou não, infração do que se reputa essencial à idéia, imagem ou forma do edifício.

2. PROGRAMA OU PLANO. Se o programa ou plano do incorporador, segundo as regras sobre declarações bilaterais ou plurilaterais recepticias e ao público, apontou o edifício como residencial, sem aludir a qualquer

"loja" para instalação de casa de comércio, não pode êle mudar a destinação de qualquer das partes divisas, nem o pode fazer qualquer dos donos de apartamentos, antes ou depois da entrega; salvo se aquele programa ou plano foi alterado por meio de convenção unanime dos donos de apartamentos.

Para que um dos donos ou o incorporador adapte, ou instale, admita a adaptação, ou permita a instalação de casa de chá, casa de modas, mercearia, barbearia, salão de cabeleireiros, tinturarias, perfumarias, ou o que quer que seja, fora residencia, é preciso que unanimemente acordem os comuneiros. Antes da entrega do edifício, o próprio incorporador pode opor-se à mudança de destinação. Em certos casos especiais, quando o nôvo destino se choque com a arquitetura, o próprio arquiteto; antes e depois da entrega, porque, quanto a file, o

interesse estético e profissional persiste. O incorporador somente pode opor-se depois da entrega, se o ato constitutivo se refere a esse ponto, ou se decorre da natureza da incorporação *(e.* g., incorporação gratuita com fim que se traduz no destino do prédio).

O que se disse sobre a destinação residencial também vale para os casos de destinação comercial, ou profissional, em declarações bilaterais ou plurilaterais ou ao público. Não se pode, por exemplo, mudar a destinação do edifício que se construísse ou se adaptasse somente para "consultórios médicos" ou "escritórios de advogados *(e.*

g., "Edifício Teixeira de Freitas").

3. FREQUÊNCIA. Se no apartamento o dono ou locatário mora e exerce a sua profissão, sem empregados *que fabriquem,* a lei não lhe proibe, porque não se transformou o apartamento em apartamento não-residencial. Ainda assim, há transformação, se a residência é somente simulada, ou para evitar que se classifique como mudança de destinação.

Tanto o ato constitutivo quanto o regulamento do edifício podem dizer que os apartamentos são estritamente residenciais e então nenhuma profissão é permitida exercer-se dentro deles, em contacto ordinário com fregueses e clientes.

Para que se permitam escritórios profissionais, de frequência ordinária, ou salões, como institutos de beleza, ou pedicuros, manicuros, ou dentistas, é necessário o consentimento de todos os comuneiros, se o proibiu, explícita ou implicitamente, o ato constitutivo ou o regulamento.

4. ENFERMARIAS, OFICINAS, LABORATÓRIOS, ETC. **Se** o ato constitutivo não o permitiu, nem o permitiu o regulamento do edifício, nem convenção dos comuneiros, é proibido estabelecer enfermarias (Lei n. 5.481, de 25 de junho de 1928, art. 11, o), oficinas *(lugares em que se exerce oficio com em-. pregados ou sem eles,* desde que seja perceptível, de fora, o trabalho), laboratórios (Lei n. 5.481, art. 11, e), instalações perigosas (Lei n. 5.481, ad. 11, e), tais como salas de espetáculos, cassinos, salas de bailes públicos, ou de clubes fechados, botequins, hospedarias, ou que produzam ruído incômodo (Lei n. 5.481, ad. 11, o), como escolas, cafés, salões de bilhares ou outros jogos.

5. ABUSO DO DIREITO. Fora do art. 11, o), *d)* e *e),* da Lei n. 5.841, e do Código Civil) arfa. 554-558, que regulam limitações ao conteúdo do direito de propriedade, ainda há os casos de *abusa do direito,* que concernem ao exercício. Sempre que o dono do apartamento o usa de modo irregular (Código Civil, ad. 160, 1), ainda que não viole regras de limitação ao conteúdo do direito de propriedade, é invocável a regra do Código Civil que trata do *abusa do direita.* Por exemplo: não é limitado o direito de propriedade no caso de instalar o dono do apartamento sala especial para o seu propósito de caridade pública, porém esse uso pode configurar o abuso do direito, se a entrada frequente de pessoas perturba os serviços de elevadores, ou destrói os tapêtes, impróprios para idas e vindas tão numerosas, ou torna o ambiente destoante da destinação residencial do próprio edifício.

6. ESCÂNDALO. Outro ponto é o da casa de tolerância, ou de encontros clandestinos, se se trata de prédio familiar.

Isso não quer dizer que os donos dos outros apartamentos possam alegar que a pessoa que mora no edifício não é casada, ou que tem amante, ou que o homem que habita algum dos apartamentos recebe a amante. O que pode levar à própria categoria de limitação ao conteúdo do direito de propriedade (Código Civil, art. 554) é o *escândalo;* não o estado civil das pessoas ou suas relações privadas.

7. RUA OU ZONA INDUSTRIAL. Quando o edifício é em rua, ou zona industrial, presume-se que a sua destinação é industrial, ou que o possa ser. Nesse caso, o ad. 11, e), 2.~ parte, da Lei n. 5.481, não incide: a incomodidade do ruído não se manifesta. Ai, há a presunção de destinação coletiva dos edifícios. Aliás, ocorre o mesmo quanto aos casos do artigo 11, o), 1~a parte (enfermarias, se há outras enfermarias no mesmo edifício; oficinas, ou laboratórios, ou instalações perigosas, se foram admitidos outros aproveitamentos de igual natureza, sem reafirmação da proibição futura).

8. **LICENÇA** FEDERAL, ESTADUAL OU MUNICIPAL. Cumpre observar que o fato de haver a autoridade pública federal, estadual ou municipal *licenciado* o negócio, ou permitido a utilização, que se tem como infringente da lei civil, ou da própria lei de interesse público da lei civil, não torna licito o que o não é, ne m permitido o que a lei civil veda. O conceito de *ilicito,* no terreno do direito privado, não é coextensivo ao conceito de *vedado* ou *proibido,* em direito público. Algumas vêzes o vedado ou proibido em lei de direito público estende

o conceito privatístico de ilícito, porém isso somente acontece se há interesse nôvo, relevante, que se *revela* na regra de direito público, como é o caso, *sempre,* de leis de direito penal. t ilícito (conceito privatístico) tudo que é *crime* ou *contraverção;* em conseqüência não há direito, pretensão, ou ação para que alguém pratique o ato proibido, nem o que poderia, antes da nova categoria, praticar o ato, tem direito, pretensão ou ação para que se lhe permita a prática de tal ato.

Quando qualquer ramo do direito, e não só o direito privado, se *alteia* acima do nível do ilícito (privatistico), esse ilícito se dilata porque tem de abranger o nOvo espaço, em que se deu a alteação.

A licitude também há de atender à situação do edifício ou à sua destinação. O ato constitutivo ou convenção unânime posterior pode permitir o que seria vedado alhures, ou proibido o que não seria vedado. Naturalmente, há o ilícito que não se "relativiza": então, qualquer convenção a respeito, para fazê-lo permitido, é nula.

As vedações no regulamento têm-se por submetidas às regras de votação para alteração do regulamento.

A ilícitude independe do conhecimento, ou não, que se tenha, da lei que proibe o ato. É nula a cláusula cujo conteúdo é ilícito ainda que se haja concebido de tal maneira que se facilite ou abram portas à burla da lei vedativa.

Os *bons costumes* têm de ser respeitados. São nulos os negócios jurídicos imoraís ainda que se disfarcem ou sejam abertamente concebidos como *condicionais* ou a *termo* (para o caso ou quando for licito), ou se, não ilícitos ou imorais agora, se concebem como causadores de indenização para o caso de virem a ser considerados imorais ou ilícitos.

CAPITULO IV

VALOR INICIAL E ULTERIOR DO TERRENO, DO EDIFÍCIO E DOS APARTAMENTOS

1.343. Valores do terreno, do edifício e dos apartamentos

1. FIXAÇÕES. O terreno, o edifício e, pois, os apartamentos, que são partes divisas do todo, ou, no plano jurídico, partes divisas integrantes das partes indivisas no terreno e no edifício, têm, no plano econômico, momentos em que se lhes apura o valor:

1) Quanto ao terreno, antes da edificação, depois da edificação, e depois da habitação. A efetiva habitação é elemento de valorização porque traduz o nível econômico, moral e educacional dos habitantes do edifício.

2) Quanto ao edifício, antes de se construir, depois de se construir, e depois de ser habitado, tal como acontece ao terreno e em maior escala.

8) Quanto aos apartamentos, antes de se construir o edifício, depois de se construir, depois de serem habitados *e depois de reformas internas, de acréscimos no plano interna, au de acessões valiasas.* As pertenças podem valorizar, ainda que sejam de dois ou mais apartamentos. (A questão de poder ser de dois ou mais bens a pertença foi tratada por JosErH RORLER, *Lehrbuch,* 1, 475-476, muito de leve; depois, por E. WIMPFHEIMER, Rann em Gegenstand Zubehór mebrerer Sachen sem?, *Archiv 11k Elirgerllches Recht,* 29, 84-91. A resposta éafirmativa.

No caso dos apartamentos, a pertença pode ser das *portiones divisas* ou das *partiones indivisae.)* O valor do terreno, que importa para a história dos apartamentos, é aquele que lhe cabe como valor *aceita* pelos adquirentes do edifício ou dos apartamentos, e salvo estimação especial é a diferença entre o preço total das propriedades dos apartamentos e o valor do edifício (partes. divisas *mais* partes indivisas). O valor do edifício somente pode ser determinado pelo custo *mais* o que o vendedor dos apartamentos consegue carregar no preço desses. O valor dos apartamentos tem, contudo, duas fixações: a) o valor inicial, para se fazerem os cálculos quanto à relação *entre* os apartamentos; b) o valor de negociação mercantil do incorporador ou do que dele os adquire, ou adquire procuração em causa própria, ou outro negócio jurídico, para auferir lucro *acima* do valor inicial. Casos há, se bem que raríssimos, de valor *b)* menor do que valor a).

2.PERÍODO ECONÔMICO E PERÍODO JURÍDICO. O período predominante *econômico* e *financeiro* dos edifícios de apartamentos é o período da *venda dos apartamentos,* que nem sempre coincide com o período pré-

comunial, pois nem todos os apartamentos se vendem de uma vez só.

O período predominantemente *jurídico* não começa para todos os apartamentos no mesmo momento. Já ai se nota a diferença entre as múltiplas relações de propriedade: ainda que algum adquirente, que não negocie com apartamentos, possa vender, depois, um ou mais apartamentos que comprou, há certa estabilidade jurídica que se inicia com a habitação e o efetivo uso em comum do edifício.

§ 1..344. Valor inicial do terreno, do edifício e dos apartamentos

1. DOIS VALORES**.** O apartamento tem dois valores: um, a) do momento em que se distribuíram os apartamentos, e esse valor é o da proporção entre Me (área, preço, etc.) e a soma dos valores dos outros; outro, b), variável, que é o de cada momento em que se teria de vender o apartamento.

O valor a que se refere o art. **7 O** da Lei n. 5.481, é o valor 6) "No caso de desapropriação, será a indenização de cada proprietário regulada pelo valor locativo de seu apartamento no ano anterior ao decreto que o declarar de utilidade ou necessidade pública". O valor a) é imutável, fixado de uma vez por todas e tem função relevante na distribuição das partes integrantes do prédio. O valor do terreno é o da ocasião da compra, ou o do momento em que se procede à divisão ou o escolhido.

As partes no terreno ou são proporcionais à área que faz o apartamento, ou ao seu valor. Aquele critério vem primeiro, de modo que para serem proporcionais aos valores é preciso que se expresse, no ato constitutivo. Não se pode adotar outro critério, nem há propriedade de apartamento se àquele de que se trata não corresponde fração do terreno. Se lhe corresponde fração do terreno arbitrária, diminutíssima, não tem o comuneiro a ação de nulidade do ato constitutivo, pois só seria nula a cláusula, mas a *ação de regulação das quotas.*

O valor das quotas é determinado pelo edifício tal como foi planejado, sem se contarem os embelezamentos e requisitos posteriores, ou contemporâneos à construção mas estranhos à comunhão como tal, por serem obra interna do apartamento; não pelo valor no estado atual, o que tornaria variável a quota (sem razão, A. BUTERA, *La Comproprietá di case per piani,*

2 a ed., 342, D. R. PERETTI-GRIvA, *II Condominia di case divise,* 137 s.). A opinião errada preocupava-se com a quota futura das despesas, quando o problema só se referia ao que já se havia de ter, em quota,

como *pars dominica.* O valor da propriedade, para se determinar a proporção das despesas, é que é o valor atual.

2. VALOR INICIAL DO EDIFÍCIO. Valor inicial do edifício é a soma dos valores iniciais dos apartamentos, porque no valor inicial dos apartamentos se incluem o valor da porção *pra indiviso* de terreno e das outras partes *pro indivisa.* O custo do terreno e o das partes indivisas do edifício *mais* o das partes divisas é que servem de base para se avaliarem inicialmente os apartamentos, sendo possível aumentar-se o valor de alguns ou de um em função da altura ou de outras circunstâncias. O valor das partes indivisas do terreno, para se calcular o valor do prédio, depois da divisão, entra no cômputo para se saber qual o valor inicial da área de cada apartamento, porém não para se determinar qual a parte indivisa de cada apartamento no terreno; de modo que não são necessAriamente iguais as partes indivisas *antes e depois* da construção e divisão.

Á atribuição de parte divisa retifica a distribuição primitiva dos quinhões no terreno. Essa regra não é, porém, cogente: é dispositiva; e, na dúvida, também se aplica.

Se não há qualquer base para se avaliarem os apartamentos, tomam-se como equivalentes a soma das áreas das partes divisas e o valor inicial de todo o prédio, terreno e edifício; e acha-se, depois, a proporção entre a área de cada parte divisa e a soma das partes divisas: o valor inicial de cada apartamento é essa fração do valor total do prédio, terreno e edifício.

3.VALOR INICIAL DO APARTAMENTO. O valor inicial do apartamento é o valor que serve de base às relações entre cada comuneiro e os outros. O principio de igualdade presumida não tem pertinência: ou os apartamentos são iguais, ou não no são; se são iguais, supérfluo seria invocá-lo; se não no são, seria de todo estranho ao assunto o principio de igualdade.

Tem-se dito que, feita a distribuição dos apartamentos, ou antes dela, se não foi mencionado o valor inicial, ou não há base para se determinar, a estimação pela Prefeitura o supre (CANTOS MAXIMILIANO, *Condominio,* 211). De modo nenhum. Nas relações entre os comuneiros, tua invocação de atos ou negócios com as autoridades fiscais, salvo em assuntos de direito de vizinhança, é contra os princípios. Se não há meios de se determinarem as quotas no

terreno e nas partes indivisas e já foram distribuídos os apartamentos, a relação entre a área de cada apartamento e a soma das áreas dos apartamentos tem de ser mantida quanto às partes indivisas no edifício e no terreno. Se ainda **não** foram distribuídos os apartamentos, a questão é de interpretação dos negócios jurídicos entre dono ou donos do terreno, incorporador, construtor, ou financiadores, e candidatos a apartamentos. Lendo escritores italianos, o escritor brasileiro não percebeu que estava a insinuar no direito brasileiro regra exótica, que era a do ad. 25 da Lei italiana n. 8, de 10 de janeiro de 1935 (Decreto-lei n. 56, de 15 de janeiro de 1934), que, ainda *de lege ferenda,* deveríamos repelir: na falta de norma do regulamento) ío valor seria deduzido dos cálculos cadastrais, e para as construções isentas de impostos seria fixado por perícia! Tão pouco é de pensar-se, ai, em discrição ou arbítrio do juiz.

4. QUOTAS DOS APARTAMENTOS NO TERRENO. *Ás quotas dos apartamentos no terreno mia se presumem iguais.* O artigo 639 do Código Civil, tratando do condomínio, diz que, nos casos de dúvida, se presumem iguais os quinhões; porém esse art. 639 não pode ser invocado em caso de comunhão pro divisa *,* porque cessa a razão de ser, se os apartamentos são de diferentes tamanhos ou de diferentes valores iniciais. Se condôminos de partes indivisas, iguais, ou que se haviam de presumir iguais, constroem edifício igualmente financiado, hão de ter partes iguais na distribuição dos apartamentos, e até ai se admitiria a regra do art. 639; não, porém, se já se distribuiram, desigualmente, os apartamentos e o que se deseja saber é qual o quinhão de cada um no terreno e nas partes indivisas do edifício.

Quando não se sabe qual a quota no terreno, ou se toma por base o valor do apartamento em relação à soma dos valores, ou, se a diferença entre eles é mínima, a igualdade de quinhões. Presume-se, todavia, que no valor do apartamento se incluiu o valor da sua quota no terreno, na mesma proporção, em relação ao todo desse, que entre o valor do apartamento e a soma dos valores de todos os apartamentos.

As quotas dos apartamentos nas partes indivisas também não se presumem iguais. Presumem-se proporcionais ao valor inicial dos apartamentos.

Há certa liberdade em se tomar como parte no terreno e nas partes indivisas do edifício a quota de área de cada apartamento ou o seu valor inicial, isto é, ao tempo da divisão; **não,** porém, em se dar a cada apartamento quota arbitrária, gritantemente, no terreno ou nas paredes indivisas.

5.FIXAÇÃO ARBITRÁRIA. Tem-se de saber o que é que se considera arbitrário e contra (ilegal) a categoria jurídica que a Lei n. 5.481 criou. É contra a lei e pois nulo: a) Não ter o dono do apartamento quota no terreno ou não na ter, pelo menos, aproximada ao seu valor em relação à soma dos valores de todos os apartamentos. *b)* Não ter o dono do apartamento quota nas partes integrantes indivisas ou tê-la desproporcional ao valor inicial do seu apartamento. *e)* As restrições que importem violação de princípios constitucionais (não ter parte comum nos salões "se judeu ou homem de côr" o dono do apartamento) ou legais *(e.* g. não poder ter banheiro).

No direito italiano, a Lei n. 8, de 10 de janeiro de 1935 (Decreto-lei n. 56, de 15 de janeiro de 1934), art. 5.~, a), dispôs que a área sObre que repousa a construção pode ser comum a todos, ou sainente a *alguns* dos comuneiros do edifício. Isso, no direito brasileiro, não ocorre: não o permite a lei, expressamente. nem, dentro do *numerus clausus* dos direitos reais, entre os quais não está o de superfície, seria possível pensar-se em se construir propriedade de apartamentos sem terreno sObre o qual repouse, O art. 2.0 da Lei n. 5.481, de 25 de junho de 1928, foi terminante; não acedeu em qualquer brecha no territorialismo do direito das coisas brasileiro; regra cogente e clara: "O terreno em que assentam o edifício e suas instalações e o que lhe sirva a qualquer dependência de fim proveitoso, e uso comum dos condôminos ou ocupantes, constituirão coisa inalienável e indivisivel de domínio de todos os proprietários do prédio".

§ 1.345. Diferença entre o valor pela área e o inicial

1.ELEMENTOS DIFERENCIAIS São elementos que podem pesar para fazer diferente do valor pela área o valor inicial dos apartamentos: a) servir de loja ou casa de diversão; *b)* o ser de frente ou de fundo; e) o ser menor ou maior o valor dos materiais empregados ou da mão de obra; *d)* o dar para terraço comum; *e)* o ser mais alto, ou não ser demasiado alto; *f)* o existir ou estar projetada. obra pública ou abertura de rua que valorize o lado, ou fundo, ou mesmo frente do edifício; g) a maior procura de determinados andares ou tipos de apartamentos; li) o haver ou não haver janelas, portas, vãos, varandas, luz, ou ser desigual a ventilação em certos apartamentos, ou andares; *i)* a posição do sol; 5) a proximidade ou distância dos elevadores; *k)* o maior ou menor valor dos materiais empregados no andar em que é situado o apartamento, ou da mão de obra; *m)* o terem, ou não terem certos andares, ou não ter algum andar serviço de elevadores.

2.INFLAMAÇÃO DO NEGÓCIO JURÍDICO. As diferenças entre os dois valores não somente infirmam a cláusula, se se infringe a Lei n. 5.481, por. ser, praticamente, *sem,* ou de *exíguo* terreno, algum apartamento, como também se houve dolo, erro, ou outro defeito de vontade. A sentença, na ação, tem eficácia retificativa. Antes, §

1.344, 1 e 5.

§ **1.346. Revisão do** valor inicial dos apartamentos

1.IMPOSIÇÃO Ao FUTURO E CLÁUSULA "REBUS SIC STANnaus". A fixação do valor *inicial* dos apartamentos é de uma vez por tOdas. O cálculo impõe-se ao futuro, como a relação matemática entre as propriedade contidas no mesmo edifício. Isso não quer dizer, todavia, que se não possa modificar. A revisão é permitida, se o ato constitutivo ou ato posterior o previu; *e. g.,* cada cinco anos, cada dez anos. De modo que é inserível neles a cláusula *rebus sie stantibus.*

2.PRETENSÃO Dos COMUNEIROS. **A revisão dos** valores é pretensão de cada um dos comuneiros, uma vez que a cláusula *rebus sie stantibus* consta do contrato ou ato constitutivo, ou ato unânime. Se algum deles se opõe a que se proceda, **cabe** a *ação de modificação do elemento do negócio jurídico,* que é ação constitutiva positiva, que se não há de confundir, todavia, com a *ação de modificação da eficácia da sentença,* de que falamos nos *Comentários ao Código de Processo Civil,* art. 289, II.

(Cumpre não se confundam o e *rro* sObre o conteúdo da declaração, Código Civil, arts. 86-91, e a cláusula *rebus sic atantibus.* Se o comuneiro conhecesse a verdade, não teria aceito, tal é o erro. Se, ao tempo em que declarou, as circunstâncias do valor fossem as de agora, não teria declarado, ou não teria declarado como declarou, tal a cláusula *rebus sio stantibus.* Nem se pense que esta cláusula se subentende; nem há, em direito brasileiro, a cláusula *reluza ais, atantibus* tácita, ou a pressuposição. SOmente onde certos interesses relevantíssimos surgem e as leis o sugerem se pode cogitar de cláusula *rebus sic atantibus* tácita. No caso do valor *inicial* dos apartamentos, de modo nenhum.)

Alguns apartamentos são beneficiados por circunstâncias novas; outros, prejudicados. Se um deles, que valia z e a que correspondia *x* no terreno, passou a valer dois x, nem por isso a sua quota no terreno e nas demais partes indivisas cresce; nem se alteraria essa quota, se, ao invés de valer *x,* passasse a valer metade de x. Qualquer alteração da quota, para ser possível, tem de assentar em cláusula *rebus aio*

atantibus, que conste do ato constitutivo, ou se ato posterior dos proprietários, *unânime,* o previu.

A valorização do apartamento em si, sem valorização do edifício, é à parte; e incontagiável. A revisão dos valores, convencionalmente adotada, pode ser *periódica,* atendendo, por exemplo, às últimas compras-e-vendas; porém estão sujeitas as mudanças à legislação dos impostos, por serem *translativa* os acréscimos.

Convencionada a revisão periódica, a ação para executá-la é a do art. 1.006 do Código de Processo Civil.

Se foi concebida a fixação como subordinada às *variações* de circunstâncias, a sentença é suscetível de modificação por ação específica (cp. Código de Processo Civil, art. 289, II).

CAPITULO 1

CONCEITO E CATEGORIA JURÍDICA DOS APARTAMENTOS

§ **1.347.** Apartamentos

1.O NOME NA LÍNGUA PORTUGUÊSA. O apartamento é a parte integrante divisa de um todo, de que são outras partes integrantes a *partia indivisa* do terreno e as *portiones mdiviaae* no edifício. Porém, quando se fala de apartamento como objeto de direito de propriedade, aludimos a esse todo. Apartamento é então a parte divisa (apartamento), *mais* a parte indivisa do terreno, *maia* as partes indivisas no edifício e nas dependências. A língua portuguêsa não possuia nome para as partes divisas dos edifícios. “Alojamentos”, “quartos apartados”,

“departamentos” e outros, que se propuseram, não foram acolhidos, O povo preferiu, e com razão,

“apartamentos”, que, se tinha a critica de coincidir com o francês “appartement” era palavra tão bem formada, em português, quanto, em francês, essa. Nela estão o conceito de *parte* de um todo, quê alude à comunhão, e o prefixo, que separa, que sublinha o *pro divisa.* Se bem que pudesse servir à parte do prédio edificado, o sentido fixou-se em parte de edifício em que há comunhão pro divisa . Não importa se só há dois, e ambos térreos; ou se só há dois, em vertical.

2.POLÍTICA CONTRA A PRAGMENTAÇÃO DA TERRA. A hostilidade à pró-divisão do terreno tem fonte econômica e política. Quanto às terras, seria a fragmentação, o arrebentamento dos latifúndios, das grandes propriedades rurais e urbanas. Convinha, em vez disso, a estruturação artificial, a mesma terra pertencer ao senhorio, ao enfiteuta, ao sub-enfiteuta, a mesma terra pertencer ao fisco, e ao reguengeiro, ou ao jugadeiro.

Quanto aos edifícios, a propriedade ainda era inacessível à população, por ser quase restrita aos reis, nobres e ricos.

À medida que a produção cresceu e se teve de atender ao princípio rudimentar é preciso haver quem compre para que se venda e os povos caminharam pelas três dimensões que caracterizam a evolução humana nesses vinte e cinco séculos (democracia, liberdade, maior igualdade), a personalidade lutou por *ser* e por *impor-se,* o indivíduo apresentou-se como destinado à felicidade material, a ter a sua casa, o seu lar, a despeito do crescimento das populações. As pelas à recomposição das construções, ao espedaçamento jurídico da propriedade, surgiram. A ilusão que tiveram e têm os concentra-dores de riquezas, de que, ainda sob essas novas circunstâncias, podem reter a propriedade *única,* alugando os apartamentos, chocou-se, e choca-se com a tendência profunda que lavra sob todos esses fatos. Os próprios legisladores foram constrangidos a restringir os lucros, auxiliando a fragmentação; isto é, tirando os véus aos iludidos com a possibilidade de durar muito a propriedade única de edifícios que surgiram pela necessidade de se manter a propriedade individual dentro das novas condições de vida.

Outra solução, que se tentou, foi a da *cooperativa predial:* o edifício ou edifícios pertencentes à sociedade, os apartamentos ou casas atribuidos aos sócios (pró-divisão só no plano obrigacional ou estatutário), ou com promessa de compra-e--venda a longo prazo *(e. g.,* noventa e nove anos), com ou sem eficácia de direito *erga amnes.*

3.O QUE SE DÁ DE ENTENDER POR APARTAMENTOS. Quando, nesta obra, falamos de *apartamentos,* naturalmente pensamos em partes divisas do mesmo edifício, *maia as partes indivisas* do terreno e no edifício; porém os enunciados e as regras servem também àqueles casos em que existe comunhão *pro diviso* e as unidades, *portiones divisas,* são casas, e não partes de casa. O regime jurídico, salvo sutilezas para as quais chamaremos a atenção, é o mesmo. Por outro lado, há apartamentos (materialmente) que não satisfazem a

qualidade juridica de apartamentos, por serem configurações independentes, sem a categoria jurídica da comunhão. É o caso, por exemplo, do prédio que foi dividido em *dois* prédios, contíguos, com a mesma fachada ou aparência exterior, se bem que modificável, à vontade, pelos donos, *no que lhes cabe espacialmente.* São os prédios gêmeos, contíguos mas independentes, talvez com servidões recíprocas (o que não se dá com o uso *comum* dos lugares *comuns* dos edifícios de apartamentos). Nem o solo nem o teto são os mesmos. O que é comum é apenas a parede--meia; acidentalmente, a *forma* (fachada, pintura, talvez mesmo entrada). Os direitos e obrigações são tão-só os do Código Civil, no que respeita aos prédios contíguos, gêmeos ou não.

4. REGIME LEGAL. Se há divisão do edifício e há comunhão, o regime jurídico é o dos apartamentos, porque de apartamentos se trata. É verdade que a Lei n. 5.481, de 25 de junho de 1928, art. 1.0, somente falava de edifícios de mais de cinco andares, o Decreto-lei n. 5.234, de 8 de fevereiro de 1943, art. 1.0, o alterou para dizer

"edifícios de três ou mais pavimentos"; e a Lei n. 285, de 5 de junho de 1948, art. 1.0, "edifícios de dois ou mais pavimentos"; mas é por esses textos legislativos que por analogia se regem as relações entre comuneiros *pro divisa* de casas da mesma "propriedade" ou apartamentos de um mesmo e só pavimento. Já nos.referimos a certas particularidades.

5. SOCIEDADE E DIREITO ***REAL.*** Quando há sociedade a que caiba o direito real, não se pode pensar em comunhão *pro divisa* da propriedade. Dono é a sociedade, não o sócio. Ainda naqueles casos em que a casa ou apartamento é entregue ao sócio, com o uso sem o domínio; a *fortiari,* se apenas se compôs, no plano obrigacional, simples preferência. A espécie assaz se complica naqueles casos em que a sociedade entrega ao sócio a casa ou o apartamento, sob condição resolutiva.

6.A LEI COMO CONTEÚDO DA VONTADE. Tanto no caso do n. 5, quanto no do n. 4, a vontade das partes pode adotar as leis sobre apartamentos, ainda leis revogadas (ai a lei é *conteudo* da declaração de vontade, e não lei, assunto de que se tratou largamente em nosso curso de Haia, *Recueildes Caurs,* **89, 619,** e no *Tratado de Direito Internacional Privado,* **17, 540).**

Casos há, porém, em que as circunstâncias mesmas obrigam o juiz ou jurista a aplicar a lei sobre apartamentos, ainda que o prédio não

tenha dois andares, porque foi *esta* que incidiu: a única solução justa é revelar-se o direito, entendendo-se que a restrição retificada pelo Decreto-lei n. 5.284, de 8

de fevereiro de **1943,** art. 1.0, e pela Lei n. 285, de 5 de junho de 1948, art. 1.0, apenas se referiu a regime que se considera como regime *tipo.*

7.VENDA DE PARTE DO EDIFÍCIO. Se o dono de uma casa vende a parte de cima, separando-a, e o registro é feito, o adquirente tem os seus direitos e obrigações como vizinho e como dono de prédio dominante na servidão de passagem ou de escada para a rua. Se, porém, pelo título, se fêz comum essa escada, ou a parte do prédio em que está a escada, as questões que surgirem, similares às que surgem na comunhão pro *diviso* dos edifícios de apartamentos (três ou mais), A semelhança dessas têm de ser resolvidas. A fração de terreno é essencial.

§ 1.348. Como surgem as comunhões "pro diviso"

1. FORMAS PRIMITIVAS. O modo mais primitivo de surgir a comunhão *pra diviso* é o da passagem da propriedade coletiva para a propriedade individual, sem ainda se terem apagado os traços do comunismo primitivo e do patriarcalismo do chefe da família primitiva. Ou, em psicanálise social, se se está no período imediato à forma patriarcal pura, que acaba com o trauma social do assassínio do *pa.ter,* o chefe da família primitiva, ou se os laços da fraternidade se afrouxaram e a economia entrou em período de individuação ainda insuficiente. A exploração desse mundo subjacente à consciência não serve muito, porque a comunhão *pro diviso* ressurgiu já no período que *6* individualismo econômico preparara. Já é posterior ao próprio capitalismo da geração após-primeira-

-guerra-mundial, neta ou bisneta da geração do capitalismo empreendedor. É mesmo objeto da atividade de poucos individuos, empreendedores mas sem gênio (diferença em relação ao capitalismo do fim do século **XVIII** e começo do século XIX)) que se chamaram a si-mesmo *incorporadores.*

2.INcORPORAÇÃO. (a) O *incorporador* tem ou adquire o terreno, especializa-se (ou já se especializou) em tal empreendimento, as exigências fiscais e de saúde pública, ou quaisquer outras, e as obras, e negocia com as frações do prédio, ou prédios, os *apartamentos* ou as *casas,* de modo que dai tire os juros do capital empregado, a paga de

serviços e os lucros. De regra, dão valores maiores ao terreno, ou terrenos, que têm, ou que foram adquiridos, ou vão adquirir; não raro, inserem cláusula de comissão, e não raro custejam as obras, ou parte delas, com o dinheiro adiantado pelos subscritores dos apartamentos ou casas em comunhão *pro divisa.*

A sucessão *inter vivos* ou *mortis causa* do incorporador não interessa ao nosso assunto. O sucessor do incorporador ou sucede no seu negócio, ou apenas recebe partes divisas ou promessas de partes divisas.

3.DOAÇÃO, OUTRO CONTRATO, OU DECLARAÇÃO UNILATERAL DE VONTADE. (b) O segundo modo de se construir a comunhão *pra diviso* é a doação, ou outro contrato, ou declaração unilateral de vontade, pela qual alguém estipula que a propriedade seja *dividida,* mas persista sujeita a princípios de comunhão. Assim A doa a B, C e D o prédio X, mas acentua que B terá a parte divisa *Xb* (apartamento n. 1), C a parte divisa Xc e D

a parte Xd ou já tendo preparado a comunhão *pro divisa* doa a E a parte Xb, a C a parte Xc e a D a parte Xd. A compra do apartamento Xb é suficiente para que a comunhão *pro divisa* se estabeleça. Aliás, no caso das incorporações (a) e no dos negócios das espécies restantes (b), há período de comunhão *pro divisa* unipessoal: o edifício já está dividido em apartamentos, tudo já decorreu como se cada apartamento pertencesse a alguém, pessoa distinta dos proprietários dos demais; e no entanto o proprietário é um só, A é dono de Xci., de *Xb,* de Xc e de *Xd.* Se se tratasse de condomínio em vez de comunhão *pro divisa,* dar-se-ia a confusão, salvo se uma das partes pertencesse a massa ou patrimônio distinto; tratando-se de comunhão *pro divisa,* de modo nenhum: o edifício de apartamentos conserva sua *divisão, a* despeito de dois, ou mais de dois, ou todos os apartamentos, partes divisas, passarem ou estarem com um só dono. Veremos fato idêntico, a propósito de terrenos (Tomo XIII).

§ **1.349.** Explicação da propriedade dos apartamentos

1. DVISÃO MATERIAL E DIVISÃO JURÍDICA. Os apartamentos são propriedades distintas em relação aos outros apartamentos, que também o são; são, porém, partes integrantes distintas, entre si, das partes *pra indivisa* no terreno. No solo, cada comuneiro tem parte ideal; no apartamento, propriedade privativa e única. Quando a lei permitiu a comunhão *pro divisa* dos edifícios de apartamentos, em verdade permitiu que se dividisse *material* e judicialmente o edifício,

na sua porção maior, entre donos do mesmo terreno. De modo que cada apartamento é parte integrante da parte ideal no terreno e no edifício e, pela definição mesma de parte integrante, cada parte ideal do terreno e do edifício é parte integrante do apartamento. Qualquer alusão, aí, a principal e acessório denuncia falta de cultura jurídica.

2.NÃo TEMOS O DIREITO DE SUPERFÍCIE; NÃO CABE A FIGURA DE SOCIEDADE; TÃO POUCO, A DE CONDOMÍNIO OU A DE USUFRUTO.

Fora da explicação acima, falha qualquer assimilação com outras figuras jurídicas mais conhecidas: (a) Se tivessemos, no direito brasileiro, o direito de *superfície,* poder-se-ia construir a comunhão *pro divisa* em edifício de apartamentos como direito de superfície (apartamentos) no mesmo edifício, sendo dispensável, portanto, que os comuneiros fOssem donos do terreno, ou que todos o fossem. Não temos o direito de superfície.

Mas, se o tivessemos, ainda assim não seria a *melhor* construção, nem caberia, se preciso que todos tivessem parte *pra indiviso* no terreno. Uma vez que não temos aquele direito, nem permitimos que se adquira o apartamento sem se adquirir parte no terreno, é óbvio que há condomínio do terreno e de partes *comuns* do edifício, ao lado ou, melhor, à base da propriedade *pro divisa* dos apartamentos. No fundo, a lei anuiu em que os donos dos terrenos discriminassem, no edifício, que é parte integrante do prédio, o que se distribuiria a cada condômino do solo. Por sobre a compropriedade do terreno, a divisão material da construção, na sua porção utilizável individualmente.

(b)A figura da *saciedade* de modo nenhum nos serve para se construir, com ela, a comunhão *pro divisa* do edifício de apartamentos. Na sociedade, há a *affeetia societatis,* que é elemento acidental nas comunhões *pro divisa* e dependeria de estipulação especial *(ptus),* que exigisse aos comuneiros serem sócios de certo clube, ou serem antigos combatentes, ou professarem certa religião, ligados entre si por laço social. Mas já aí fica patente que se sublinha elemento nôvo, estranho à comunhão *pro divisa.* Demais, na ordinariedade dos casos, a sociedade para construir ou adquirir casa de apartamentos, *exclui* a comunhão *pro divisa* da propriedade, uma vez que a dona é a sociedade, e não o sócio. Se aos sócios se entregam apartamentos, a comunhão *pro divisa* é do uso, e não do domínio: o *direita real* está com a sociedade, e não com o sócio; com sócio está apenas o uso, o direito pessoal que o contrato social conferiu a cada sócio.

Por outro lado, se os sócios adquiriram os apartamentos e se reuniram

em sociedade para a administração social do edifício, não se pode falar de sociedade como base da comunhão *pro divisa:* a sociedade, aí, **é** acidente da administração do edifício. Se essa sociedade, personificada, adquire apartamento, é comuneira, como os outros comuneiros sócios, o que bem mostra a distinção entre as duas categorias jurídicas.

(c) A mais simples analogia seria com o *canda-mínda,* porém, para isso, ter-se-ia de pôr em relêvo o direito real distinto e independente de cada comuneiro, aplicado a *partia divisa,* o que repele a assimilação ao condomínio ou compropriedade. Além disso, quando se analisa o *lata* da comunhão *pro divisa,* o que logo vem à mente é a discriminação do que no edifício é *camum* e do que é *privativa.* Não seria possível explicar pelo condomínio exatamente o que foge a essa categoria jurídica. O que caracteriza a propriedade dos apartamentos é, precisamente, o que *milo* é condomínio.

(d) A figura do *candamínia* quanto ao terreno e da *servidão* a favor de cada um dos condôminos quanto ao apartamento **é** de todo imprestável: tratar-se-ia de servidão na própria coisa?

(a) Tão pouco, seria aceitável a construção jurídica como condomínio do terreno e *usufruta* do apartamento, tanto mais

quanto se pode vender, ou doar, apartamento, reservado o usufruto, ou deixar-se em testamento a uma pessoa o domínio e a outra o usufruto.

§ 1.350. Consequencias da construção jurídica

1. EXPRESSÕS ELIPTIVAS. A parte ideal do terreno *mais* as partes indivisas no edifício e a parte integrante, que éo apartamento, não o apartamento mesmo (sem razão, fundado em R. BERNABD, *Le Prapriétaire d*"*A ppartement,* 81, MÁXILIANO, *Candominia,* 112), é suscetível de alienação, hipoteca e outros direitos reais. O

não-jurista pode dizer que “hipotecou a casa”; o jurista, não: hipoteca-se o prédio, isto é, o terreno *mais* o que é parte integrante do bem imóvel. Para que, entre juristas, se pudesse falar de “venda da casa”, ou de “hipoteca da casa”, seria preciso que existisse, no sistema jurídico, direito de superfície; e não o há no direito brasileiro.

2.CONDOMÍNIO E COMUNHÃO “pro diviso”. No que é condomínio, os princípios que regem o condomínio é que constituem o fundo do regime jurídico, de modo que à legislação especial cabe alterá-lo no que tenha de atender à especialidade da categoria jurídica global. Porém esse condomínio não é sempre entre *todos* os comuneiros, porquanto pode haver partes comuns a dois ou mais, porém não a todos. Já isso estabelece *ardem* de partes comuns nos edifícios de apartamentos:

partes comuns a todos; partes comuns a todos menos um (em alguns contratos, o elevador que parte do segu ndo andar; ou parte do primeiro, porém o proprietário ou proprietários do primeiro andar não concorreram para a despesa de instalação nem concorrem para a conservação); partes comuns a todos menos dois; ...; partes comuns só a dois.

3.PARIrES INTEGRANTES COMUNS. Depois das partes comuns, *tatius carparis pra indivisa,* vêm as paredes-meias e os muros-meios. Não é em toda a coisa que está o objeto do direito, como no condomínio; é de propriedade *até metade da parede* que se trata; cada confinante é dono da metade, até a linha do limite, com a contingência perturbante de ser uma só a parede. Tal a tradição do nosso direito. Naturalmente, os juristas romanos tinham de esbarrar aí, por saltar aos seus olhos a contradição da propriedade *até a meia* de coisa indivisível. Na parede-meia, temos a divisibilidade jurídica da coisa materialmente indivisível; mais: a propriedade de dois, a “divisão” jurídica, na parede indivisível por sua natureza. O regime é, então, o dos vizinhos, e a expressão “parede comum”, que às vêzes se emprega, é apenas de conteúdo aproximado. A parede-meia não é comum, não é objeto de condomínio. Parede comum não é parede-meia, nem parede-meia é parede comum.

Nos edifícios de apartamentos, a parede-meia, o muro--meio, ou outra parte integrante, oferece a particularidade de lhe não corresponder o solo. A divisão dos apartamentos faz das paredes-meias e dos muros-meios partes integrantes dos apartamentos, que são partes *divisas,* e não do terreno, que é formado de partes *indivisas.* Por isso mesmo, a parede-meia ou o muro-meio fica sem o seu solo correspondente *divisa* como ela: é parte integrante do apartamento; e esse, por sua vez, é parte integrante da parte indivisa do terreno.

§ 1.351. Que é“prius”: o apartamento ou o terreno?

1. A TERRA E A PROPRIEDADE. A Terra está dividida em propriedades. Ou dos indivíduos, pessoas físicas ou jurídicas, ou do Estado. Aqui e ali, admite-se que haja terras adéspotas, terras sem dono, terras de ninguém.

Isso, no plano do direito privado. No plano do direito das gentes, ainda se admite que a o *cupação* seja modo originário de aquisição do território estatal. Em verdade, porém, só restam os pólos, porque a própria Groenlândia foi ocupada no século XIII pela Noruega e atribuida, em 1318, à Dinamarca, seguindo-se os incidentes de 1905, 1924 e 1931 e os recentes.

2.PRIORIDADE CONCEPTUAL DO TERRENO. No direito brasileiro, o terreno é *prius.* Se essa prioridade conceptual perdura, a despeito da comunhão *pro divisa,* é questão a que somente *lez speciaiis* poderia responder negativamente.

Ora, a Lei n. 5.481, arts. 1.0 e 2.0, de maneira nenhuma fêz *prius* o apartamento. Se é certo que o art. 1.0 fala do apartamento como "propriedade autônoma" e o art. 2.0 do terreno e qualquer "dependência de fim proveitoso e uso comum" qual "coisa inalienável e indivisível do domínio de todos os proprietários do prédio", não é verdade que tenha feito principal o apartamento e acessório o resto, nem principal o indiviso e acessório o diviso. Nem o apartamento, nem as partes comuns, inclusive o terreno, primam, no sentido de principalidade. O terreno é *prius,* no sentido de se não poder, perante a lei, ter apartamento sem parte indivisa no terreno, posto que se possa destruir o apartamento e ficar o terreno.

Noutros sistemas jurídicos tem-se procurado dizer que há princípio nôvo: * *Salum ceclit nperficiei.* Claro que aí se teria, primeiro, de provar que o sistema jurídico *admitiu* o direito de superfície. A resposta, no direito brasileiro, já seria negativa. Segundo, que o terreno acederia ao apartamento, o que derivaria da admissão daquele principio. O direito brasileiro não anuiu em tamanha revolução de construção jurídica. Temos, pois, de precatar-nos quanto a essas enxertias. Não vamos dinamitar o nosso direito porque a algum senador belga lhe pareceu que a velhissima comunhão *pro divisa* nos edifícios de apartamentos substituia ao *Superficies sola cedit* o novíssimo *

Salum cedit super ftctet ou porque algum professor de Lovaina entendeu que o terreno lera principal e agora passava a ser acessório!

Primeiramente, observemos que a acessoriedade se refere a *direitos,* e

não à *coisa.* Um ou mais direitos, por estarem em certa relação de dependência para outros direitos, são direitos acessórios desses outros direitos. Ainda entre direitos e obrigações não se deve falar de relação de acessoriedade (cf. A. VON mau, *Der Aligemeine TeU,* 1, 229-230, nota 1).

8. PROPOSIÇÕES ELIPTICAS. O objeto da relação de direito de propriedade, em que é sujeito o dono de cada apartamento, é o todo: o apartamento, no sentido de parte divisa; a parte indivisa do terreno; as partes indivisas no edifício e noutras dependências. A lei mesma fêz incindivel esse todo. Mas na história do bem o terreno é que é *prins:* a êle acede o edifício, a êle acede a árvore, ou qualquer outro bem da vida, que se subordine ao *Super/ides solo eedit,* parêmia em que *superficies* não é o direito de superfície, ao passo que no extravagante e revolucionário

* *Solum cedit* superficiei, o fantástico *super ficies* seria, necessariamente, direito real de superfície, o próprio bem distinto.

Quando digo que "Comprei o apartamento A", emprego proposição elíptica, que está em vez de "Comprei a parte ideal de terreno A, as partes integrantes indivisas da parte ideal do terreno A, o apartamento A e as partes integrantes indivisas do apartamento A, etc.".

Assim é que há de formular proposições o jurista. Não pode êle diminuir o conteúdo das proposições, com o intuito prático do falar comum, porque o seu raciocínio levaria a conclusões falsas. As proposições. elípticas, que o vulgo emprega, têm de ser completadas quando se passam escrituras públicas, ou particulares, porque não há identidade de *conteúdo.*

O apartamento *aparta,* sem deixar de ser *parte* integrante do terreno.

Na vida diária, as proposições elípticas prestam o serviço de toda abreviação cômoda; porém, se queremos raciocinar com rigor, temos de receber tais proposições *restituindo-lhes* o conteúdo. Só assim o sistema jurídico não é danificado pelas elipses *incompletadas.* Muitas injustiças são cometidas nos julgamentos devido a frases e conceitos abreviativos. Também erra quem abrevia e não restitui à abreviação o seu conteúdo lógico. E erra quem atribui à abreviação conteúdo equívoco ou ambíguo, permitindo confusões irreparadas, ou deixando que se aluda ao que não está no sistema jurídico, ou nele está, porém de modo nenhum é aquilo a que se havia de aludir.

A grande missão do século XX vai ser o início da apuração rigorosa da

exatidão no pensar, vale dizer: nos *conceitos* e nos *enunciados.* Foi essa a missão que o século XIX lhe deixou.

§ 1.352. Indivisibilidade e divisibilidade

1.DivisÃo DAS PARTES INDIVISAS. As partes necessária-mente indivisas não se podem dividir, ainda se a unanimidade o delibera. Quanto às partes indivisas porém não necessária-mente indivisas, a unanimidade é que pode decidir. A maioria nada pode deliberar a respeito.

2.DiyísÃo DO TODO. Não se confunda a divisão das partes indivisas porém não necessAriamente indivisas com a

precisão da coisa comum *pro divisa,* em que há dois ou mais edifícios, ou um só edifício divisível. Aqui, ou todos os edifícios tornados *res,* com o terreno que lhes toca e há de ser, pelo menos, aquele sobre que cada um está construído, continuam edifícios de apartamentos, dotados das partes comuns e das partes divisas, como antes, embora diminuído o número de comuneiros; ou algum ou alguns deles deixam de ser em comunhão *pro divisa* **(**=

passa a ser propriedade exclusiva ou condomínio, regendo-se pois pelo Código Civil, arts. 623-641). O edifício que foi dividido, por ser divisível, pode ter constituído dois ou mais edifícios de apartamentos, ou um edifício de apartamentos e outro edifício de propriedade exclusiva ou em comunhão *pro indivisa,* ou edifícios sem comunhão *pro divisa,* caso em que cessa a incidência da legislação especial.

Quando na porção que era parte e se fêz *res* continua o regime da legislação especial sobre apartamentos, sem que se hajam regulado a compropriedade e o co-uso, toma-se o terreno que ficou ao edifício independentizado como se fosse a soma das *partes daminicae* dos que nele têm apartamentos e mantêm as mesmas quotas. Quanto às quotas pelo valor dos apartamentos (art. ***9.0),*** somam-se os valores para se saber, *ex nova,* quais são as relações de proporção. Tudo mais se passa como se o edifício só agora s&houvesse construído.

CAPITULO II

§ **1.353.** Qual a porção divisa

1. APARTAMENTO E ANDAR. A concepção da comunhão pro *diviso* assenta em que há divisão e há comunhão. Já vimos que a definição, não envolve qualquer contradição. De posse de tais noções precisas podemos analisar o todo, a que chamamos "apartamento", de modo que se faça ressaltarem o diviso e o indiviso.

Sobre o que sejam partes integrantes e sobre o que sejam pertenças, dissemos assaz nos Tomos II e XI. Aqui, o propósito é de especialização, com intenção prática. A *parte divisa* dos edifícios de apartamentos, ou, como diz a Lei n. 5.481, art. 1.~, corrigida pela Lei n. 285, de 5 de junho de 1948, art. 1.~, dos edifícios "de dois ou mais pavimentos", construídos de cimento. armado, ou material similar incombustível, "sob a forma de apartamentos isolados, entre si", contendo "cada um, pelo menos, três peças", é o *apartamento,* e não o *pavimento,* ou *andar.*

O que constitui o diviso é o apartamento, que assim adquire e mantém a sua unidade, ainda que ocupe o todo ou parte de dois ou mais andares ou pavimentos (dúplex, tríplex, quadrúplex, quintúplex). Quem tomou todo um lado, ou parte de um lado do edifício, e fêz apartamento único, desde baixo até em cima, fundindo, sob a forma de apartamento, os pedaços de espaço pertencentes a seis andares, tem um apartamento sextúplex, coisa diferente de ter seis apartamentos. O apartamento sêxtuplo é unidade, e não pluralidade. plano dinâmico: são partes divisas, lá em cima, que juridicamente (e materialmente) se ligam ao terreno que está lá em baixo. O diviso acedeu ao indiviso. Por isso mesmo não se pode dizer, no direito brasileiro, que se trate de apartamentos cada um dos quais seja (assim, E. BERNARD, *Le Propriétaire d"Appartement,* 80 s.) imóvel distinto e independente, que mergulha na comunidade geral. Não é imóvel distinto; é parte divisa, que, com as partes indivisas do edifício e demais dependências, acedeu à parte indivisa do terreno e com ela fêz propriedade imóvel independente. Não há cisão entre o apartamento e o indiviso que lhe corresponde; a cisão é apenas entre os *divisas,* mantida, quanto ao resto, a concepção celsiana da comunhão *pro indivisa.*

3. COMPARAÇÃO INFELIZ. Tão pouco se há de dizer que o apartamento é o espaço, o cubo de ar, que fica entre as paredes, porque essa imagem superficial abstrai (com toda a evidência da falta

de cultura jurídica em quem a aventura) das paredes-meias, do soalho-e-teto, do teto-e-soalho, dos muros-meios, etc.

A comparação de ROBERT BERNARD com a colmeia de abelhas também não serve; porque na colmeia tudo é comum, só se divide o uso; nem as abelhas teriam *pensamenta* para conceber as paredes-meias entre alvéolos, nem, tão pouco, a comunhão *pra indiviso* das sustentações. Em matéria de ciência, não se podem soprar ao vento bôlhas de sabão de comparações literárias. Quando NICOOLO NICOLI, o humanista do ano 1401, segundo o *Libeilua de disputatianum ezercitatianis que studiorum usu,* de LEQNARDO BRUNI, zurziu o Dante, por seus erros de história e de tradução, e por isso lhe quis tirar o título de poeta, teve razão no primeiro intento, pois que foi o anunciador de era nova, a era galileana-vinciana, a da ciência, mas errou no negar o valor poético da *Divina Comédia.* "Poesia e verdade". Em vez de comparações com as colmeias de abelhas, melhor fora que os "juristas" construíssem, juridicamente, com os recursos da ciência, a comunhão *pro divisa* dos edifícios de apartamentos. É

melhor que o poeta seja, também, sábio, e melhor que o sábio exponha com arte e estilo; porém não perca o solo da ciência quando fala como cientista.

4.DIVISÃO SOMENTE MATERIAL. O andar ou pavimento não é mais do que divisão material do edifício.

Contudo a vontade dos que constituem a comunhão *pro divisa* pode tornar cada andar parte integrante *divisa,* dos apartamentos, e *indivisa,* no mais de algumas partes indivisas do terreno, e de outros não. O edifício tem, por exemplo, dez andares: os três primeiros andares, menos luxuosos, são como os três últimos, e os apartamentos desses seis andares são de valor igual ou aproximado; o esqueleto do edifício é comum a todos os apartamentos de todos os andares, nem podia deixar de ser assim; o revestimento, ornatos e instalações comuns dos andares intercalares (49, 5.~, 69 e **„7~O)** foram por conta dos donos dos apartamentos desses andares, que também têm elevador especial (para os andares 49, **5~O,** 69 e *79).* Ainda é possível que o dono dos apartamentos do andar **4~O** tenha preferido fazer um só apartamento, de modo a fechar a porta para o elevador no seu andar, ou que alguém ligue em dúplex dois ou mais apartamentos de dois andares de teto-e-soalho, que lhe pertencem, dispensando o serviço de elevador por um deles, o que faz parte indivisa integrante somente dos outros apartamentos o *Mil* do elevador no andar, de que abriu mão.

5.AUTONOMIA DA VONTADE DOS CONTRAENTES. No que é deixado **à** autonomia da vontade dos contraentes, claro é que se podem aumentar, ou diminuir, o espaço *comum* e o *privativo,* isto é, o indiviso e o diviso, inclusive determinando-se *quem* tem parte no indiviso. As regras cogentes é que limitam essa autonomia; porque, em verdade, a autonomia não é mais do que o vazio de regra deixado pelas regras imperativas, ou sejam negativas ou positivas. Esse vazio é completo ou provisôriamente *cheia de regras legais dispositivas:* "Na falta de convenção das partes, ..."; "Se as partes não acordarem, ...", „¾ .., se não dispuserem em contrário as partes".

6. DmEITO OOGENTE, QUANTO AO DIVISO. Quanto ao diviso, é *ius cagens* **(1)** que a porção divisa, o apartamento, não pode ter menos de três peças, ou, segundo a melhor interpretação da Lei n. 5.481, art. 1.0, não pode ter menos do que espaço suficiente para dentro dele se traçarem três peças segundo o mínimo exigido pela legislação de direito público. (2) Não se pode fazer diviso o indivisível. Assim, *e. g.,* não é permitido dizer-se que a compropriedade, a composse e uso comum dos corredores é somente até o meio deles, ou um metro diante das suas paredes; posto que se possa *dividir* o corredor, como parte integrante do edifício (divisão do uso!) ou como parte integrante de um ou mais apartamentos e pois da parte indivisa ou partes indivisas no terreno (divisão da propriedade!), pondo-se grade de ferro ou outro tapume interior (no corredor que dá para os apartamentos pares; no vão que leva à varanda, tornada privativa, ou comum de alguns apartamentos). É vulgar a divisão do uso, no caso de reservados comuns ao andar, mediante acordo sobre as chaves. (3) Tudo que é essencial, materialmente, a todos os comuneiros, é indivisível. *E.* g., os alicerces e o esqueleto do edifício, o terreno ou o esqueleto do edifício, como as portas de entrada e saida única.

7.PARTICULARIDADE DO PRÉDIO DE APARTAMENTOS. .

O prédio de apartamentos apresenta a particularidade de ser coisa (terreno *mais* edifício), que contém porções (partes indivisas do terreno *mais* partes indivisas do edifício *mais* partes divisas do edifício). Sublinhando as partes divisas, que são os apartamentos, tanto quanto sublinhamos a *casa* ao referir-nos ao terreno *mais* a casa, em vez de sublinharmos *terreno,*

falamos de apartamento ("compramos o apartamento ~At ou "alugamos o apartamento E"), como se não representasse a parte

integrante de fração de um terreno. O nosso modo vulgar de dizer nem corresponde à tradição do nosso direito. nem, sequer, sempre, à realidade econômica. Ainda ao tempo dos chamados arranha-céus, a Terra, dividida em terrenos, é a base de toda a propriedade imobiliária.

§ 1.354. Terreno ou solo

1.DIREITOBRASILEIRO. O *terreno* ou *sala* é elemento essencial do edifício de apartamentos. No direito positivo brasileiro, não há propriedade de apartamentos sem que esses apartamentos sejam partes, divisas, integrantes, de partes indivisas de terreno. Disse a Lei n. 5.481, de 25 de junho de 1928, art. 2.0: "O terreno em que assentem o edifício e suas instalações e o que lhe sirva a qualquer dependência de fim proveitozo, e uso comum dos condôminos ou ocupantes, constituirão coisa inalienável e indivisível do domínio de todos os proprietários do prédio". A redação do art. 2.~ revela a pouca ciência jurídica do legislador, mas está certo, se bem o interpretarmos. O que se redigiu, isto é, aquilo que o art. 29 tentou exprimir, foi o seguinte: O terreno, a que o art. 2.0 se refere, é inalienável, sem as partes indivisas e divisas do edifício; e inalienáveis as partes indivisas do terrenos, sem as partes indivisas e as partes divisas que lhes correspondem; o mesmo terreno não pode ser dividido, ainda que ocorra divisibilidade material.

Tal o que *diz* a lei.

E o direito positivo, tal como resulta da Lei n. 5.481, mergulhada no sistema jurídico brasileiro, é *a que importa.*

Ainda noutros termos, menos técnicos, e mais minuciosos:

a)não se pode alienar o terreno sem se alienar o edifício (principio da não-autonomia dos edifícios, que resulta da não-existência do direito de superfície no sistema brasileiro) ; *b)* não se pode alienar a parte indivisa, que se tem no terreno, sem se alienarem o apartamento, que corresponde a essa parte indivisa, e as partes indivisas no resto do edifício, que tocam ao apartamento e ao terreno; e) nem se pode alienar o apartamento, com ou sem as partes indivisas no edifício de que faz parte êle, sem se alienarem o terreno e as mais partes indivisas que lhe correspondem; *d)* não há a pretensão dos condôminos do terreno (o termo "condôminos", a respeito do terreno, é próprio) à divisão material do terreno, ainda que seja êle materialmente divisível, porque tal indivisibilidade jurídica somente acabará com a

mudança de destino do terreno mesmo. Dependeria da unanimidade.

2.PERDA DA AUTONOMIA DO TERRENO. O terreno, que, rigorosamente, é o cerne de toda a propriedade imóvel, e a única só por si, perde, aí, a sua autonomia, em virtude da *determinação de fim,* segundo a filosofia peripatética, que inspirou a LAREXO, o peripatético, na L. 17, § „7, D., *de actionibus empti venditi,* 19, 1:

"Escreve Labeão de modo geral", diz ULPIANO, "que as coisas que estão nos edifícios, por causa de uso perpétuo, são do edifício; mas as que verdadeiramente foram postas para o presente (quae vero ad praesens) não são do edifício, por exemplo os encanamentos postos, certamente, por causa temporal, não são da casa, porém são da casa se nela foram postos para sempre". O *perpetuus usus rei* impressionou a LABEÃO outras vêzes, porque a sua filosofia o levava a isso. O Esboço imaterial não deixa de ter, aí, a sua função determinante da perda de importância do terreno, que passou a só ser alienável com o apartamento; mas a vida não ficou *apenas* do lado de ARISTÓTELES, atendeu-se à matéria, ao corpo, à aparência sensível, como à influência do que é imaterialidade na divisão por apartamentos, quanto à indivisão das outras partes e do terreno mesmo.

Seja como for, o edifício de apartamento é uma *idéia,* à maneira platônica, que em si contém outras *idéias,* sem que a soma delas a exaura. A soma dos espaços dos apartamentos é menor que o prédio de apartamentos; de modo que a idéia "prédio de apartamentos" contém os apartamentos, idéias menores, *mais* o que é comum nos edifícios, *mais* as partes indivisas do terreno. Rigorosamente a) os apartamentos (eles, em sentido estrito, *e* a parte correspondente no terreno), *mais* b) as partes comuns no edifício, que são partes integrantes de a). O

materialismo estóico entra, de certo modo, na composição dos conceitos e enunciados do direito relativo aos edifícios de apartamentos, porém o século XX já apresenta a sua concepção como tentativa de síntese. Teremos ensejo de vê-lo.

~1.355. Partes integrantes indivisas do edifício

1.PARTES INTEGRANTES DO PRÉDIO E PARTES INTEGRANTES DA PARTE DIVISA. Se bem que a~

partes integrantes *não-comuns* dos apartamentos (A) sejam partes

integrantes do edifício, em verdade elas somente são partes integrantes do predio, como *todo,* material e jurídico, porque o são dos apartamentos. As partes integrantes comuns (E) são partes integrantes dos apartamentos, mas são, antes, conceptualmente, partes do todo comum, e em verdade estão em ligação ao todo *pra indiviso* (solo mais parte comum do edifício). Raciocinar com (A) quando estamos a tratar de (E), ou vice-versa, é expor-se a erros graves. Chamaremos partes integrantes do edifício as partes integrantes *comuns,* as partes (E), sendo ainda de se distinguirem as partes comuns a todos *menos* comuneiros (partes comuns a dois, a três, ..., a todos menos um), que são partes integrantes comuns dos apartamentos (A", A"", etc,) e a classe especialíssima (O) das partes integrantes embutidas em pedaços indivisíveis (paredes-meias, muros-meios, teto-e-soalho).

São objeto de propriedade comum dos comuneiros o solo, as fundações, as paredes mestras, o teto, as escadas, as portas de entrada e saída do edifício, os vestibulos, os pórticos e as demais partes do edifício necessárias ao uso comum. O título não lhes pode estabelecer a divisão **(** = torná-los parte divisa), porque, tornando-se parte divisa qualquer deles, se sacrifica a propriedade dos apartamentos. O solo, as fundações e as paredes mestras, as entradas e saídas necessárias, são partes que escapam ao querer dos incorporadores e dos comuneiros no tocante a se fazerem partes divisas. (No direito italiano, há a *inelegantia tegis* do art. 1.117, onde, no principio das regras jundicas se fala de serem comuns as partes de que falamos, "se il contrario non risulta daí titolo", mas, no inciso 1, contraditoriamente se diz "e in genere tutt e le parte dell"edifício necessane all"uso comune". Convenhamos em que **é** demasiado permitir-se a propriedade exclusiva de tais partes. (Com razão, a Cassação, a 26 de janeiro de 1948, D. R. PERETTI-GRIVA, *Pra prietd edilizia,* **129** s., e *II Candominio di case divise, 79;* referindo-se a presunção *iuris tantum:* U. 0111W, *Ii Candominda nel nuovo Cadigo Civile,* 55; A. Vísca, *te Case **iii** condominio nel dirjito vigente,* n. 20; pela dispositividade da regra jurídica, 0. BRANCA, *Deila Praprietá,* 288.) Não há pensar-se em apenas se presumir que são comuns.

Algumas partes do edifício são partes sem as quais o edifício não existiria como tal. O solo, as fundações, as paredes mestras, os tetos, as aberturas para receber luz e ar sem serem as janelas, pátios e áreas dos apartamentos.

Pois que são indispensáveis, a lei as faz comuns. Não é parte comum n que o comuneiro obtém, fechando área que podia fechar por ser inclusa na área do apartamento; nem o que se deixou ao apartamento sobre a parte não construída do terreno: sobre essa, ou a) há

continuação da parte divisa do apartamento térreo, ou b) servidão dele, ou de outro que tenha escada ou descida para ela, ou o) posse por certo tempo ou sob condição, ou *d)* simples tença. Não se presume a), nem *b),* nem *e)* presume-se *d,* salvo se se fechou, desde o início, a entrada ou acesso a qualquer dos outros comuneiros. Nesse caso, o problema é de se saber se a), ou b), ou e).

Quanto às fundações, finergem no solo, supõem o *jus dominii* a escavar e pôr materiais nos vazios feitos, ou aproveitados. As paredes mestras são tanto do primeiro quanto do segundo e quanto dos outros andares, embora para cada um pudesse para? onde êle acaba; mas a unidade do prédio impõe resístencia segundo cálculos e o que se exige ao último andar de cima exigiu-se ao de baixo, ou vice-versa, como partes de todo arquitetural. O que reveste as colunas ou traves pode não ser necessário ao edifício, e sim de valor somente arquitetônico ou estético, razão por que pode não ser comum a tela que se pregou à entrada do edifício, ou a estátua, ou, até, as peças antigas cuja propriedade exclusiva se ressalve no ato constitutivo. A parede, de tijolo, vidro, ou madeira, que fecha as colunas do esqueleto do edifício, os pisos e tetos entre os apartamentos, todos são comuns. No sistema jurídico brasileiro, não se podem tirar ao domínio comum as colunas mestras, as paredes mestras e tudo mais que é indispensável à existência do edifício *(aliter,* no direito italiano, cp. A. Vísco, *Le Case in candaminio,* 64, o que, *de iure candendo,* é desaconselhável e cria problemas graves, em matéria em que o legislador os deveria evitar).

Os tetos removíveis, por exemplo os de alumínio ou pano em sanfona, são comuns, se cobrem o que é comum, e exclusivos, se cobrem o exclusivo; salvo se a destinação foi de proteger o todo do edifício, ou se o ato constitutivo estabeleceu diferentemente. As coberturas de sol, ou de chuva, ou de chuva e de sol, em forma de guarda..chuvas, ou de placas postas sobre colunas, regem-se pelos mesmos princípios. Se é uma das coberturas do edifício, sem a qual não estaria protegido da chuva e do sol, ou só da chuva, ou só do sol, tem de ser comum (cf.

A. O. NOBILE, *L"Amministratore dei Condominia,* 85; U. Gumi, II *Candaminia, 78).*

2. ALICERCES, PAREDES EXTERNAS, COBERTURA, ESCADAS, FIOS, CANaIZAÇÕES. São partes integrante do edifício todo e, portanto, comuns, como o terreno e o edifício, não podendo ser separados, nem alienados:

a) Os alicerces, inclusive os dos muros cercantes do terreno; todas as

peças do esqueleto do edifício, qualquer que seja o material com que foi feito; e os enchimentos do esqueleto, na parte externa, quando de ambos os lados o espaço seja comum.

b) O enchimento das paredes externas até meia espessura, se pelo lado interno o espaço é pertencente a algum dos apartamentos, ou a alguns apartamentos.

c) A cobertura superior do edifício, seja telhado, ou lage, ou outro material, salvo se a cobertura faz parte de algum apartamento, ou andar, tendo sobre ela obra privativa, que a recubra, toda ou em parte, considerando-se privativa a cobertura superior, se, pelos termos do ato constitutivo da comunhão *pro divisa,* tem o último ou têm os últimos proprietários a faculdade de construir sobre ela, vedando aos outros o acesso. Essa vedação não é incompatível, todavia, com a existência de peças comuns (caixas de água, de eletricidade, lavanderias, frigoríficos, etc.), se não se estende a essas peças.

d) As escadas e elevadores, se servem a todos os andares e todos concorreram para a sua construção e instalação e concorrem para a conservação. Porque, se a escada serve de dois em dois andares, tendo-se excluído a conservação por todos, não pertence a todos, mas ao andar para que vai; e aos donos dos 2 apartamentos desse andar tocam os direitos e deveres de condôminos, tratando-se como vizinhos 2

9 dos outros no tocante à escada.

9

2 Se há mais de duas escadas ou elevadores, sem os quais não se iria aos apartamentos dos andares, e 8

foi estabelecido que uma serviria até o terceiro andar, por exemplo, e outra do quarto ao oitavo, há *necessidade parcializada,* porém não compropriedade parcial (entre A e C, e no C e fl). O que é distribuído é o uso. Se não foi construído o edifício de modo que uma das escadas somente fosse até certo andar, ou só até outro andar fosse um dos elevadores, ou se o título constitutivo não distribuiu o serviço das escadas ou elevadores, têm-se de considerar de uso comum. Nem pode o construtor a seu líbito

distribuí-las se o ato constitutivo não no previu, ou se não foi somente o serviço em distribuição que se prometeu ao adquirente do edifício em construção. Se nada foi dito em contrário, também não se pode entender que da escada ou elevador não possa servir-se o segundo andar, nem que o elevador de acesso ao edifício não sirva ao andar térreo.

Resta saber-se se os comuneiros do andar térreo são comuneiros da escada ou do elevador de que, de ordinário, não se servem. A questão não é de somenos importância: porque. se é comum a eles, as despesas são comuns; se não é comum, não podem eles opor-se a que se façam mudanças no tocante ao serviço, se bem que possam opor-se às mudanças que ofendam a unidade do vestíbulo ou pátio ou corredor comum em que esteja a escada ou o ascensor. Pela compropriedade do dono ou dos donos do andar térreo, A. Vísco *(Le Case in condrnninia,* 167).

A compropriedade é de todos; o uso é que é distribuído:

as despesas são pelo uso, ou por serem necessárias ao uso. Se o defeito é estranho ao uso, a correção é por conta de todos *(e.* g., risco de irresistência da viga de sustentação).

O que pode ser parte divisa pode ser ou tornar-se indiviso, *jure dom mii,* entre dois ou alguns comuneiros, mas tal indiVisão não é oriunda da indivisão do terreno ou da unidade do edifício, e sim acidental, por serem dois ou mais os donos das partes divisas a que acedeu o que era indiviso. Se E e F compram o apartamento pertencente a D, o apartamento passa a ser *candaminia,* e não só elemento de comunhão *pro divisa* do edifício; se E e F obtêm que a parte não necessariamente indivisa do prédio se torne divisa e a adquirem, essa parte é em condomínio, no sentido exato, como parte integrante do apartamento. Dá-se o mesmo se A e B, donos de dois apartamentos, adquirem essa parte tornada divisa, porque, então, são donos do apartamento A e B e, em condomínio, da parte adquirida.

Parte divisa integrantes dos apartamentos.

Quanto aos elevadores, somente se têm como privativos ou comuns a dois andares, se entre peças internas ou externas que ligam dois apartamentos, ou dois andares de apartamentos. São, porém, encontra-se os elevadores de propriedade de alguns andares (1.º ao

6.º, 7º ao 12.º, etc.), uma vez que, no ato constitutivo, tenha havido separação do custo deles e distribuição quanto à conservação.

e) Os fios e mais peças de eletricidade que percorrem o edifício, ou são instalados nos espaços comuns, ou para os espaços comuns, bem como aqueles que servem a lâmpadas que são acendíveis e apagáveis por todos. O mesmo quanto a aquecimento, refrigeração, força e som. Os fios que partem do relógio de medição para o serviço dos apartamentos (luz, frio, calor, força, som) são privativos dos apartamentos. Difícil-mente ocorre o ser comum a dois ou a alguns a extensão, porém não se afasta a hipótese. **A** questão está em se fixar se os fios são comuns até as caixas de onde saem para os apartamentos, ou se até os relógios. Salvo disposição em contrário entre os comuneiros, entende-se também serem comuns os fios e peças até os relógios, devendo ser, portanto, comum a despesa de mão de obra. Tal regra tem valor dispositivo e também valor interpretativo.

f) Todo o aparelhamento e serviço de água e de gás até os relógios de medição de cada apartamento; salvo se foi adotada, no ato constitutivo, outra terminação para o que é comum. A água, não havendo medidor de cada apartamento ou andar, é de uso em comum dos comuneiros, suscitando questões de que adiante trataremos. As bombas que servem à caixa de que desce água para todos os apartamentos presumem-se comuns.

g) As peças e serviços de esgôto de fezes e de águas servidas, desde que saem do espaço pertencente a cada apartamento.

h)Os canos de águas pluviais; salvo se foi obra posterior, feita pelo apartamento, ou por mais de um, *e. g.,* a calha de varanda comum só a dois apartamentos.

i) Os serviços sanitários e banheiros de uso de todos os comuneiros ou dos empregados comuns. Também aí é possível que o andar tenha instalado serviços de uso comum somente dentro dele; porém não se presume que o tenha estipulado, salvo se os outros andares, não sendo o primeiro, não os têm. Se só o primeiro o tem, entende-se, por presunção elidível, que pertence a todos.

j) O porão, o sótão e a abóbada subterrânea, a açotéia e a varanda acessível a todos os comuneiros, presumindo-se de todos o que se não discriminou como privativo ou comum a alguns; os guarda-móveis e guarda-malas em espaços não privativos; os armários em paredes externas de fora ou de dentro do edifício (átrios, corredores, etc.),

salvo se destinados individualmente, como as caixas do correio de chave privativa, que, embora distanciadas dos respectivos apartamentos, são parte integrante dele *(aliter,* se, pelo ato constitutivo, se há de construir a figura como de comunhão *pro divisa* do uso).

k) Os canos das chaminés, desde a meia espessura das paredes externas, meias com os apartamentos.

1) A adega em que não haja distribuição de peças por apartamentos e a chave seja comum, ainda que possam ser privativos os armários, caso em que só se presume a comunhão *pra diviso* do uso, e não a da propriedade. Se cada apartamento tem sua chave e, pois, sua adega, tudo se passa como a respeito das partes integrantes heterotópicas de apartamento.

Não importa se a adega é no edifício principal, ou fora, ou subterrânea e em separado.

m) O frigorífico, a lavanderia e a cremação em que há acesso e uso comum para todos os comuneiros, devendo entender-se comuns se o ato constitutivo da comunhão *pra diviso* não excluiu a comunidade *pra indiviso* da instalação.

n) Os portões e os muros, as portas que dão entrada para espaços comuns, ou que dão saída de espaços comuns.

Os portões de ingresso, como os vestíbulos, os átrios, os passejos, pórticos, os chafarizes, os lagos artificiais ou não, os braços de ribeiros, os tanques para aguar as plantas, as guaritas de vigia, a caixa de correio, quando cada apartamento não tenha a sua, são comuns *(partes dominicae),* posto que se possa regular o uso, distintivamente, quando haja mais de uma. Nem sempre a parte comum e de uso comum, nem sempre as partes de uso comum são *partes dominicae* (o ascensor pertence a todos os comuneiros, inclusive o comuneiro ou comuneiros do andar térreo, e dos andares a que o ascensor não sirva), salvo estipulação em contrário.

No ato constitutivo é que se pode tornar parte divisa o que, sem a cláusula, seria parte não-necessáriamente indivisa. As partes necessariamente indivisas, essas, nunca se podem fazer divisas. Todavia, pode quem aliena o apartamento retirar ao apartamento alienado o que lhe pertenceria em parte Não necessariamente indivisa. As exigências de fundo, forma e registro hão de ser observadas.

q) A fachada e seus ornatos, o vestíbulo e o átrio ou *Mil,* os

repartimentos ainda que residenciais destinados à portaria e à administração do imóvel, as moradas de quaisquer empregados comuns (salvo se alojados, a titulo precário, ou por locação, ou outra posse imediata, ou tença, em peça ou peças privativas, o que não se presume).

p) A calçada ou calçamento exterior, as calçadas e calçamentos de terrenos comuns não compreendidos pelos apartamentos, ou abaixo dos apartamentos, se o primeiro plano é de uso comum.

q) A garagem de automóveis e quaisquer peças para guardar veículos dos comuneiros; salvo se separadas, com chave própria, ou lugar individualizado.

r) O chafariz, a piscina, o campo de tênis, ou outro jôgo, se de uso comum; as instalações de ginástica, cabeleireiros, barbeiros, manicuras, se somente servem aos comuneiros (se servem ao público, a compropriedade é regida pelo direito comum e o uso há de ser contratado entre a administração e os ocupantes).

§ 1.356. A indivisão na comunhão “pro diviso”

1.TÉCNICA LEGISLATIVA DAS NORMAS SOBRE COMUNHÃO DE

BENS. A indivisão não pode ser forçada senão nos casos e durante o tempo em que a lei permite. Tal hostilidade à comunhão compulsiva atende a convicções do próprio individualismo que preside à concepção da propriedade individual, sucedânea da propriedade coletiva, nas suas formas primitivas. Durante a indivisão, a lei procura balancear os interEsses *de cada um* e os *de* tados, naquele jôgo de tese e antítese, que vem, em sociologia, desde o conceito de grupo e indivíduo. Esses interesses não exaurem os que se levam em conta na *técnica legislativa das normas sobre comunhão de bens.*

Da vedação da perpetuidade da indivisão resulta que éirrenunciável a pretensão à divisão do bem divisível, assim como a pretensão à alienação do prédio indivisível.

Na comunhão *pro divisa,* trata-se exatamente de indivisibilidade legal do edifício e do terreno.

2.TERRENO E ESPAÇO AÉREO. O terreno e o espaço aéreo superior

não podem ser em partes divisas; porque o apartamento, que tem espaço acima do seu teto, *ou* o tem em terraço, *ou* em jardim, *au,* se nada o separa do resto do espaço aéreo, até onde *possa ser* utilizado pelo dono do apartamento e *não deva* ser utilizado pelos outros comuneiros. As questões jurídicas que surgem são resolvidas segundo os princípios comuns de direito civil. Se o outro comuneiro não pode mandar construir ou armar pérgula por sobre o espaço aéreo privativo de algum comuneiro é porque não pode transformar em diviso o que é indiviso, nem alterar a destinação desse.

Se o terraço é ligado a um apartamento, e só a êle serve, é integrante da parte divisa; o titulo, a respeito dessa, é titulo a respeito dele, implicitamente. Não se pense em que seja pertença; é parte integrante. Diga-se o mesmo quanto a escada, gradis, parapeitos e tanques.

3.NOVA CONCEPÇÃO DO ESPAÇO AÉREO. A edificação dos apartamentos não significa que os condôminos do terreno, comuneiros dos apartamentos, hajam renunciado ou abandonado a propriedade da coluna de ar por sobre o edifício. Essa coluna de ar somente sofre as limitações ao conteúdo da propriedade, resultantes de leis de direito público, inclusive de direito das gentes e interestatal (altura máxima dos edifícios, para que possam passar aviões, ou devido a precauções de defesa nacional ou coletiva). No direito das coisas brasileiro, ainda se concebe o direito de propriedade do solo como subindo, não até o infinito, tal como convinha ao absolutismo romano, porém até *onde* vai o espaço aéreo (atmosfera) "apropriável" conforme cada momento da civilização humana. Foi R. VON JEERINO (Beschrãnkungen, *Jahrbiioher .fiir die Dogmatik,* VI, 89 5.; Rechtsschutz, 23, 242) quem esboçou a teoria nova. Aliás havia o seu tantô de "balela", como disse F. O. GESTERMNO, nessa infinitude de direito até o centro da terra e até o céu, *usque ad sidera et mi eras.* Já BORGES CARNEIRO *(Direito Civil de Portugal,* IV, 5) somente se referia à "altura da atmosfera", se bem que logo lembrasse o **Eius est coelum cuius est solum;* e LACERDA DE ALMEIDA *(Direito das Coisas,* **1, 90)** seguia a teoria da utilizabílidade: "... em tanta altura", disse, "quanta lhe possa razoávelmente servir".

§ 1.357. Átrio e pátio comuns

1.Gôzo, uso E POSSE. O *átrio* é vestíbulo, espaço, já no interior do edifício, vem do etrusco *atar,* que é casa e não de outros étimos de que falam os dicionários. O direito, que o rege, quando comum, é o mesmo

que rege o pátio comum. *Pátio* é cercado, mas descoberto. Nenhum dos comuneiros e dono único desse pátrio, ou átrio. São condôminos, embora donos únicos dos apartamentos. Nenhum deles pode dar a outrem gôzo, uso, ou posse; *e.* g., permitir que alguém nele exiba objeto de sua fabricação, ou fotografias, ou anúncios de festas de caridade. Nem qualquer deles pode dividir materialmente, pelos apartamentos, ou alguns deles, o espaço não necessário ao uso comum, ou tomar para seu uso exclusivo esse espaço, ou parte dele, ou destiná-lo a outra utilidade que aquela que resulta da comunhão *pro divisa* no edifício de apartamentos.

Aí fica bem revelado que o condomínio do que é comum em tais edifícios não é tão amplo quanto o condomínio do terreno, porque a existência de apartamentos em edifício, de que o átrio ou pátio é parte integrante "comum, já lhe impõe que dele só se sirvam como donos de apartamentos no mesmo edifício. Se o átrio ou o pátio tem fechadura, ou cadeado, e algum dos comuneiros o fecha, sem que os outros o possam abrir, salvo se têm chave, obra por autoridade própria, pratica ato de exclusão da posse dos outros, e qualquer deles se pode desforçar para entrar (cf. MANUEL DE ALMEIDA E SOUSA, *Casas, 49)*.

Ê encontrável o átrio privativo, ou comum a alguns dos comuneiros, se só serve a algum ou alguns deles.

2. ESTRUTURA DO EDIFÍCIO DE APARTAMENTOS. Se o edifício é de apartamentos de dois ou mais andares, com vivendas, ou escritórios, de três peças ou mais, o átrio ou pátio tem-se por comum. A estrutura do edifício impõe que assim seja. Salvo: quanto a átrios ou pátios só úteis a determinado andar, ou andares: ou quanto a átrios ou pátios que sejam parte integrante de um só apartamento, ou parte integrante (divisa ou indivisa) de dois ou mais apartamentos, casos em que entram, em relação ao edifício, no que é comum, na classe dos espaços privativos.

3.O PROBLEMA NO SÉCULO XVII (ANTÔNIO MENDES AROUCA, MANUEL ÁLVARES PÊGAS, Dhooo GUERREIRO). Seria erro, porém, entender-se aquela destinação do átrio ou do pátio como resultante da edificação mesma, se não há essa razão proveniente de ter sido intrínseca ao plano do edifício. Os juristas portuguêses tiveram de estudar o assunto, no século XVII (ANTÔNIO MENDES AROUCA, MANUEL

ALVARES PÉGAS, DIOGO GUERREIRO), devido a ser frequente, nas

aldeias, fazer-se a partilha entre os herdeiros e ficarem todos a servir-se de átrio ou pátio comum, inclusive de portão ou porta principal para o pátio.

Se a partilha os deixava comuns, nenhuma dificuldade surgia: donos únicos das casas e comproprietários dos átrios ou pátios. Se nada dizia a partilha, não falando sobre eles pró ou contra a comunhão, tinham-se por propriedade comum convencionada na partilha, diria MANUEL ÁLvARES PÊGAS, permanecendo a comunhão hereditária, diremos nós. E os dez anos da usucapião bastariam. A solução é perfeitamente jurídica ainda hoje: posse contínua e incontestada de dez anos; presença dos interessados; justo título; boa fé (Código Civil, art. 551).

4.REIVINDICAÇÃO (MANUEL GONÇALVES DA SILVA). Enquanto, porém, não passam os dez anos, se algum dos interessados objeta que a sua parte, na ação *familiae eroiscundae,* foi menor do que a dos outros, porque lhe cabia o átrio ou pátio, pode reivindicar o que lhe tocou, se não se constituiu, contra o seu prédio, servidão. Assim, MANUEL GONÇALVES DA SILVA *(Commentaria,* IV, 76 s.): „e... ut procedat etiam in divisione alicuius rei stabilis communis inter fratres, vel socios; nam licet antea una pars, seu unum praedium serviret alteri; tamen si socius non reservet sibi servitutem in futurum eundi per partem alterius, seu per alterum praedium, non poterit amplius uti via, prout poterat durante communione, etiamsi aliunde non habeat transitum; quia in divisione rei communis non censetur actum, quod quis habeat sirvitutem per partem alteriús, nisi expresse id caveatur".

1.358. Paredes comuns e paredes-meias

1. DISTINÇÃO ENTRE OS cONCEITOS. Há *paredes comuns* ou *em comum* e *paredes-meias.* Não são a mesma coisa, no direito brasileiro; nem nunca o foram. A cáfila dos escritores apressados, que estudam as coisas pela rama, as tem confundido de modo lamentável. Na parede-meia, a metade da parede pertence a um e outra metade ao vizinho, porque, *ex hypothesi,* a linha do limite a corta verticalmente. A unidade material da coisa que é a parede obriga a certas relações entre os dois donos, nessa comunhão que está mais perto da comunhão *pro divisa* do que da comunhão *pra indiviso* e em verdade é de comunhão *pro divisa* idealmente dividida a coisa! que se trata. As Ordenações Filipinas, Livro 1, Título 68, § **36,** falaram da compra da "metade da dita parede", que se entendia a metade material, e não a intelectual (não ½~ mas até *o meia).* O madeiramento e outros atos a

que se referem os arts. 579, 580 e 581 do Código Civil concernem à parede-meia. Tal parede é ou se vai tornar parede-meia, e não parede comum, *totius corparis.* MANUEL DE ALMEIDA E SOUSA *(Casas,* 57-58) sabia bem disso: "Digo do *todo de uma parede,* porque se só *i* consórcio em parte até onde tem madeirado, e quer madeirar daí para cima, é clara a nossa Ord. F., L. 1, T. 68, § 36, a dar a providência. Falo no caso de ser comum toda a parede, e um dos sócios queira edificar junto a ela e superedificar nela".

Portugal recebeu dos velhos juristas a distinção e, nas Ordenações Filipinas, Livro 1, Título 68, § 36, como, hoje, no Código Civil, art. 579, o que se "adquire~~ e a metade material do chão e da parede, e não a metade ideal ou intelectual.

2.MEADA E MEAÇÃO IDEAL. Os donos da parede-meia têm a *meada,* como se dizia no século XIV, que não é a meação ideal, a fração ½. As paredes-meias, como o muro-meio, a árvore meia, são sujeitas às regras da comunhão *pro divisa.* Cada um pode nelas escavar, pregar quadros, etc. Nunca, porém, ir à metade alheia, ao passo que, sendo comum *pro indiviso* a parede, cada qual pode usar do todo, em que tem parte ideal.

A distinção entre a parede comum, *panes cammunis pra indivisa,* e a~ parede-meia, *panes commun,is pro divisa,* era corrente entre os juristas dos séculos XV a XVIII e o nosso direito tem nela um dos seus princípios formativos. Ainda hoje, no caso dos apartamentos, é preciso indagar-se se se trata de parede privativa, ou de parede-meia, ou de parede comum *(pra indivisa),* para se resolver se o comuneiro não precisa de ouvir aos outros para a destruir, ou alterar, ou se tem de ter o consentimento do comuneiro de parede-meia para alterá-la, ou destruí-la, ou se têm de consentir todos os que têm partes *pra indiviso* na parede. Se se trata de parede-meia, os comuneiros do edifício que não têm a *outra* metade são estranhos a qualquer problema.

3.PAREDE "PRO INDIVISO". Se a parede *pra indiviso* com todos os comuneiros precisa de obras, é claro que isso compete ao administrador, ou tem de ser autorizado pela maioria, segundo a Lei n. 5.481, arts. 8.0 e 10. Se a parede não **é** comum *pro indivisa* a todos, mas apenas a dois ou mais, os condôminos aí a figura é de condomínio decidem, em reUnião própria, conforme o Código Civil. Isto é, conforme o que já dissemos.

Envolve sempre *questão de faia,* que não deixa de ser de certa delicadeza, saber-se~ se, na ausência de estipulações contratuais no

ato constitutivo da comunhão *pro divisa* no edifício de apartamentos, a parede de um andar é meia ou comum a todos os donos do prédio ou só aos donos do andar em que se ergueu. Naturalmente, abstraímos do esqueleto metálico, ou de cimento, do edifício, pois esse, ainda por dentro das paredes, é comum de todos os comuneiros. As obras necessárias às paredes-meias podem ser de custeio *comum* se têm de ser em ambos os lados.

4.PINTURA EXTERNA. Nem sempre se permite a simples pintura da parte *externa,* por dentro dos andares, se bem que de regra só se proiba a variação da parede externa, *por fora. do edil ida.*

5. VIZINHOS LIVRES E VIZINHOS LIGADOS. Nos casos de *vizinhos livres* (vizinhos de dois edifícios, ou de edifício sem serviços e despesas comuns), ou de *vizinhas ligados* (comunhão *pro divisa* dos apartamentos, ou de casas de um clube ou fazenda), a *parede-meia* ou a *parede comum* **é** tapume divisório, que se rege pelos arts. 579, 588, 586, 587 e 588 do Código Civil. Nenhum dos confinantes pode demoli-la, madeirar sobre ela, ou aumentá-la, se não aguenta a nova construção, realicerceá-la com dano, ou com ameaça de dano, ou de qualquer modo prejudicá-la, ou pô-la em risco, encostar-lhe obras daninhas, como fornos, aparelhos higiênicos, fossas, canos de esgôto, depósitos de sal, ou outras substâncias corrosivas.

Os que constroem primeiro ficam com direito a entrar até meia espessura da parede no terreno contiguo, parede cuja largura e profundidade eles fixam (Código Civil, art. 580). O vizinho livre ou o ligado pode pedir para concorrer, desde logo, com a *metade do preço,* caso em que têm ambos pretensão a fixar a largura e a profundidade, atendendo-se ao que querem construir. No caso de divergência,, qualquer tem ação para que se decida quanto à largura e profundidade. Pode ser a ação declaratória, ou, se houve infração do art. 580 e da inteligência do art. 581, a *ação de condenação.* Pode também ser a *ação para construir a parede,* cuja sentença, de força executiva, autoriza o vencedor a iniciar a obra, de acordo com o seu plano e projeto, ou com o que constar da sentença.

~1.359. Cobertura, terreno e aproveitamento

1. COLUNA DE AR - **A** coluna de ar que fica acima do terreno do edifício de apartamentos é comum, exceto nos espaços ocupados privativamente pelos apartamentos e outras partes divisas do edifício. Por isso mesmo, o dono do último apartamento ou os donos do último

andar não estão autorizados, nem, *a fortioni,* têm direito ao aproveitamento da área por cima do teto, ou das caixas de água. Para que tenham tal direito, seria preciso que o ato constitutivo houvesse incluído nos „apartamentos, ou no apartamento superior, a área por cima da cobertura, ou que a unanimidade dos comuneiros houvesse consentido no uso privativo por um ou mais.

2.Uso COMUM DO TERRENO. Nenhum dos condôminos do terreno (e são t&dos os donos dos apartamentos) podem alterar o uso comum do terreno. Assim, aos comuneiros do pavimento ou andar térreo é proibido fazer *escavações* para aumentar, com subterrâneos, ou adegas, ou outras cavidades, a sua área. Toda peça suplementar privativa, com invasão do que é comum, viola a propriedade comum (partes indivisas do edifício). Tão pouco, a qualquer andar ou apartamento é dado estender-se para a frente ou para trás, ou para os lados, ainda que somente ocupe espaço vazio e não utilizado pelos comuneiros, salvo, está visto, anuência de todos.

3.COBERTURA. Se há cobertura de cimento, ou jardim suspenso, ou campo de jôgo, por sobre o edifício, o espaço que corresponde a esse plano por sobre o último andar é tão comum quanto o terreno, salvo se houve distribuição espacial em partes divisas, ou se se dividir o espaço. Nenhum dos condôminos dessa seção do edifício pode excluir o uso pelos outros. Os donos dos apartamentos são igualmente legitimados ao acesso; e qualquer fechamento, dificultação, ou empecilho, turbaria a posse dos outros. Por outro lado, não têm preferência os donos do último andar dividido em apartamentos.

4.DESPESAS. Se a parte da cobertura é comum, as despesas para fazer terraço, ajardinar, ou adaptar a jogos, ou a lugar de estar, corre por conta de todos, depois de deliberado por todos o aproveitamento. Se algum dos comuneiros inicia a obra, sem opósição dos outros, informados dela, todos podem usar da parte comum; mas somente são obrigados às despesas de conservação os que a usarem, ou pretendam usar. Nesse caso, são obrigados por sua parte na despesa de custo, calculando-se ela como se todos os outros houvessem concorrido. O

iniciador acarreta com o desembolso do que tocaria àqueles que não desejam utilizar-se da parte aproveitada. O

fundamento para haver a quota aos que usam do terraço, jardim, campo de jôgo ou outra instalação, é o da indenização pelo fato do enriquecimento injustificado.

5.MELHORAMENTOS DA COBERTURA. Caso algum dos comuneiros deseje melhorar a cobertura, tornando-a útil, e algum ou alguns dos outros se oponham, pode êle submeter ao juiz a apreciação do caso, em ação *constitutiva positiva* para suprir a deliberação. O juiz examinará: a) se a obra é útil aos donos do apartamentos; b) se não prejudica a alguns deles; o) se não muda o uso a que estava destinado o espaço por sobre a cobertura; *d)* no caso de mudança, se é de maior proveito para todos; *e)* se não altera a imagem, ou estilo do edifício; *f)* se não há, com a obra, valorização demasiada de algum, ou de alguns andares, à custa de obra comum e despesas comuns de conservação.

6. ANDARES SUPERIORES. O dono ou donos do último ou dos últimos apartamentos são iguais aos dos outros apartamentos, de modo que não lhes assiste nenhum direito, a mais, quanto à cobertura e sua utilização. Se conforme o plano do edifício, ou por sua anuência, se estabeleceu passagem por seu apartamento ou por seus apartamentos, tem-se de pensar em que se trata de servidão constituída desde o início ou em via de usucapião. Por outro lado, é possível a aquisição da cobertura segundo as regras de usucapião, se o dono ou donos do andar superior exercem, ou algum deles exerce a posse, como donos ou dono do espaço por sobre a cobertura. Todos esses direitos, satisfeitas as exigências legais, são registáveis.

De regra, são vedados os atos de posse como possuidor único, porém tudo se passa entre os comuneiros como entre outros quaisquer vizinhos.

7.Novos ANDARES. Só a unanimidade dos comuneiros pode fazer novos andares no prédio, ou aumentos de frente, atrás ou do lado; de modo nenhum é dado a qualquer dono dos apartamentos do último andar, sobre os quais está a cobertura, elevar paredes, pôr cêrcas ou gradis; *a .fortiari,* construir outro andar, ainda que o esqueleto do edifício tenha resistência suficiente, ou valorize a propriedade. Para se examinarem divergências em tôrno de obras que apenas valorizam o uso comum, cabe ao juiz conhecer de pedidos relativos a aproveitamento que, embora altere, até certo ponto, a utilização, a mantém comum. Muito diferente é a obra que tornaria privativo o que é comum. Qualquer ato tendente ou realizador disso é contra direito e atenta contra a propriedade e a posse dos outros comuneiros.

São aconselháveis o preceito cominatório, a caução *damni infecti,* as ações possessórias e, se é o caso, a ação de reivindicação. É possível

mesmo que, antes de qualquer ingerência do comuneiro que deseja suscitar a obra, outro ou alguns

deles usem e bem da ação declaratória do Código de Processo Civil, art. 2.0, parágrafo único.

8.SOBRE-ELEVAÇÃO DO EDIFÍCIO. a) Quem é proprietárioo exclusivo do teto pode nele construir, porém não duplicar o apartamento. O direito, que tem, é limitado ao que se lhe permitiu no título constitutivo, ou lhe conferiu a unanimidade dos condôminos. Se não se disse o que se permitia, entende-se que somente pode fazer dependência nova do seu apartamento, desde que: a) não ponha em perigo os requisitos de estabilidade e segurança do edifício, ou de outro andar; *b)* que as obras sejam permitidas pela legislação de direito público; e) que a sObre-elevação não prejudique o todo estético do edifício; *d)* que as obras planejadas sejam avaliadas, para efeito de concorrer o proprietário com a quota de valor, acrescida desse *plus.* No direito brasileiro, os proprietários do último andar não têm direito a construção, porque se tem o teto como comum e qualquer modificação dependeria da deliberação unânime dos comuneiros. Esses têm direito à indenização, se o comuneiro ou os comuneiros do último andar constroem, inclusive se põem caixa de água particular, tanques de lavar roupa, lagos de peixes, aviários, piscinas ou banheiros. O direito a construir outorgado por todos os outros comuneiros é pessoal, até que se averbe. Somente depois da averbação pode ser oposto a terceiros. A indenização, se o comuneiro usou tOda a área, é do valor da área, de modo que se possa diminuir a fração dos outros comuneiros no terreno, *mais* os danos. Os comuneiros, se não cnsentiram, têm a caução *de damno injecto.* As ações possessórias também lhe tocam, prescritível em vinte anos, entre ausentes, e dez, entre presentes. A usucapião é de trinta anos, salvo se há título e boa fé. É preciso ter-se em vista que ao direito brasileiro repugna pôr o interesse do individuo acima do interesse da coletividade.

O proprietário da parte divisa do teto pode construir sObre a sua porção, respeitadas as exigências municipais e de saúde pública, ou de outras leis de direito público. Se só um é, tudo se passa como se tivesse de construir ao tempo em que foi levantado todo o edifício.

b)No sistema jurídico brasileiro, o direito a construir no teto, que depende do ato constitutivo, ou de outorga de todos

os comuneiros, não é transferível a quem não seja comuneiro do

edifício; salvo se no título se ressalvou que ao proprietário do teto é dado elevar outro andar, porque então se entende que a construção de x andares menos un~

foi provisória. Aliás, tal direito a construir andar nOvo pode ser outorgado a terceiro no ato constitutivo ou por deliberação unânime; e nada obsta a que se outorguem construções de dois ou mais andares, inclusive na previsão da elevação do gabarito. Tal direito não é de aproveitamento do teto, é direito a construção de andar, ou de andares, perfeitamente transferível, porque não é incluído na propriedade de apartamento já existente. O ato constitutivo há de ser registado, com tOdas as exigências de fundo e dê forma que se exigiriam ao adquirente se a construção fOsse feita no momento ou já estivesse feita.

Se foi outorgado a algum, comuneiro ou não, a construção de andar ou andares acima do teto, entende-se: a) que a construção não ameaça a estabilidade ou a segurança do edifício ou de algum andar ou apartamento, sem se poder fazer obra de consolidação ou embasamento necessária à sustentação do pêso, o que é indiscutível devido, a f *ortiori,* aos arts. 6.0, parágrafo único, e 11 da Lei n. 5.481, de 25 de julho de 1928 (cp., no direito italiano, U.

Gumi, *Ii Condominio,* 155 s.) ; b) que se não prejudique o aspecto e unidade arquitetônicos do edifício (art. 11, a); o) que não cause dano a algum dos comuneiros. A ação mais adequada é a de nunciação de obra nova, quer por parte de todos, que por parte de um só ou alguns. Qualquer dos comuneiros é legitimado ativo à ação (Código de Processo Civil, art. 392). A ação de preceito cominatório também cabe (Código de Processo Civil, art. 302, IX).

Se as obras estão ultimadas, pode ser proposta a ação demolitória, satisfeitos os pressupostos. Não há só o *me prohibendi,* há o direito à redução ao primitivo estado. O titular do direito a construir sem ser no todo e o titular do direito a construir andar, ou andares, têm a ação declaratória da relação jurídica (cf. E). II. PERETTIGRIVA, *II Condorninio di case divise,* 258) de que se irradiam os direitos que querem exercer.

(No direito italiano, diferentissimo, aqui e em muitos outros pontos, do direito brasileiro, construiu-se o direito do terceiro como direito de superfície que recai sObre o último andar, ou como direito de superfície por cima de direito de superfície que o proprietário do último andar teria, cp. G. LALBI, *IIDiritto di super ficie, 98 s., G.*

PITOLTESE, *Deila Superficie, 437;* L. SALIS, *La Superficie,* 17. No direito brasileiro, ou há o direito a construir, que se não confunde com o direito a andar, ou a andares, e o direito a andar, ou a andares.) A titularidade do direito a andar, ou a andares, supõe que se deu desde logo quota no terreno, de modo que o titular já paga os impostos e taxas, e as despesas de conservação do edifício; não as de uso ou exercício de direito.

É tratado como os outros comuneiros desde o momento em que finda a construção. Responde, durante a construção, pelos danos que cause ao edifício e aos outros condôminos, pessoalmente.

§ 1.860. Sacadas e balcões

1.PARTES INTEGRANTES DIVISAS. As sacadas e balcões pertencem, de regra, aos apartamentos, isto é, às partes divisas. Escapam a essa situação as que se acham em corredores, salas ou salões comuns a todos os comuneiros, ou sé aos que têm apartamentos no andar, ou aos contíguos, ou aos do mesmo corredor. Se não sãq partes integrantes das partes divisas, presumem-se, na falta de explícita proposição do ato constitutivo da comunhão *pro diviso,* comuns a todos os apartamentos do mesmo andar. A presunção é de todo pertinente, se se trata de salão, ou corredor, ou outra peça, que tem destino comum a todos os comuneiros; *e.* g., biblioteca do edifício, escritório de informações, ou administração , ou alto-falantes.

2.PARTE EXTERNA E INTERNA COMUM. As sacadas e balcões, que dão para a parte externa, ou interna comum dos prédios, ainda que privativas, ficam sujeitas às exigências que lhes advêm de ser comum a fachada, ornato, decoração ou estilo.

§ 1.361. Teto-e-soalho

1.CONCEITO. O teto-e-soalho existe em qualquer casa de dois andares: o soalho ou chão de um andar superior é teto ou forro do andar imediatamente inferior. Porém, se não há o fato jurídico da comunhão *pro diviso,* o teto-e-soalho não tem qualquer significação teórica e prática. O dono do teto é o dono da parte superior; para êle, há apenas uma lage que lhe serve, por baixo, de cobertura de um andar e, por cima, de soalho do andar superior. Se o prédio pertence a dois ou mais condôminos, a comunhão *pro indiviso* também nfto é bastante para

revelar qualquer valor jurídico do conceito de teto-e-soalho: cada condômino é dono de toda a coisa, *totius cor ports,* embora *pro indiviso, pro parte,* segundo a definição de CELSO.

2.METADE DIVISA NA PAREDE OU NA LAGE COMUM. Quando, porém, se procede à *divisão* do edifício em apartamentos alienáveis, divisamente, com a parte indivisa do terreno, isto é, quando se estabelece a independência do direito real sobre a parte integrante de construção, tem-se de traçar a *linha horizontal,* cortando-se em espaços superpostos os apartamentos que estio no mesmo edifício.

Essa linha horizontal gera o plano horizontal e cria, no teto e no soalho, se há andar superior e se há andar inferior, o plano horizontal *no meio* da lage divisória. Dá-se então, aí, não o que corresponderia à parede comum *pro indiviso, mas* o que *já* estudamos a respeito das paredes-meias, laterais, ou de fundo, ou de frente. O teto-e-soalho não é, de modo nenhum, *para communis pro indiviso;* o teto e o soalho são partes divisas da lage, que é lage por cima de um apartamento e por baixo de outro, materialmente indivisível mas intelectualmente (isto é, conceptualmente) *dividida.* O teto-e-soalho faz-se lage-meia, como há a parede-meia e o muro-meio, *pars communis pro diviso ,* na qual, como frisava MANUEL DE ALMEIDA E SOUSA *(Casas,* 62), cada um confinante tem "uma metade *divisa* na parede comum". Conceito que embeleza o direito brasileiro.

3.RELAçÕES DE VIZINHANÇA E RELAÇÕES DE CONDOMÍNIO.

As relações entre o dono do apartamento de cima e o dono do apartamento de baixo, no que se refere ao teto -e-soalho, são *relações de vizinhança,* e não *relações de condominio.* fies são condôminos do terreno e das partes integrantes comuns a todas, ou a alguns dos comuneiros, não do teto-e-soalho, porque, respeito a essa lage, eles está na mesma situação que os confinantes que têm paredes-meias e na situação deles mesmos quanto às paredes-meias com os outros apartamentos. (Ledores apressados e incientes do nosso direito entendem que a todas as partes integrantes dos edifícios se hão de estender as regras do condomínio. Alas isso, não somente desatende à tradição do nosso direito sobre paredes-meias, como também destoa da propria Lei n. 5.481, art. 40, que manda regularem-se as espécies, "meação de paredes, soalhos e tetos dos apartamentos", pelo disposto no Código Civil.

As categorias jurídicas têm, portanto, de ser concebidas como está no

direito do Código Civil. Ora, parede-meia e parede comum *pro indiviso* são coLas diferentes.)

4.LIMITAÇõES AO CONTEÚDO DO DIREITO DE PROPRIEDADE E ABUSO DO DIREITO. O dono do apartamento de baixo e o dono do apartamento de cima têm os *direitos de vizinhança,* correspondentes às *limitações* ao conteúdo do direito de propriedade que foram objeto dos arts. 554-588 do Código Civil. Porém, antes disso, têm eles os poderes inerentes ao seu direito de propriedade, um sobre o teto e outro sobre o soalho, que lhes advém da comunhão *pro diviso,* que a indivisibilidade *material* da coisa (teto-e-soalho) lhes impôs.

Esses poderes são os de usá-lo até a extrema, isto é, até o meio da espessura. Se, usando-o, perfura o comuneiro a outra metade, não há *abuso do direito* de propriedade, que somente concerneria ao exercício: há ataque à propriedade de outrem, dano Aquiliano, imissão injusta, suscetível de proteção possessória e de outras ações adequadas às incursões na esfera jurídica alheia. Se não a perfura, porém, com o bater do martelo, ou, por exemplo, com o calor da pintura empregada no teto, ou no revestimento do soalho, causa dano ao soalho, ou a outras partes integrantes do apartamento superior, ou inferior, dá-se o *abuso do direito* (Código Civil, art. 160, 1).

Se não perfura a lage, nem a destrói de outra maneira, mas prejudica a segurança, o sossêgo e a saúde dos que habitam no outro apartamento, a figura que emerge é a do *direito de vizinhança,* com fundamento no art. 554 e legitimação para a ação declaratória e a ação cominatória, com ou sem o pedido de caução pelo dano infecto (art.

554). Não se exige culpa.

Se o dono do apartamento superior usa vasos, que produzem umidade no outro apartamento, ou a espécie cabe nos arts. 554 e 555 do Código Civil, por prejudicar a segurança, o sossêgo e a saúde dos que habitam o outro apartamento, caso em que o dono do apartamento de baixo tem o direito real, dependente *(direito de v&inhança),* com as suas ações próprias, ou o dano não é dessa natureza e então as ações são as nascidas do *abuso do direito* ou do dano (culpa Aquiliana).

5. MEIA ESPESSURA. O comuneiro do teto-e-soalho pode utilizá-lo até ao meio da espessura. Para isso, é preciso que avise, prêviamente, o outro consorte das obras que intenta fazer. Porém não pode construir caixas de eletricidade, ou outras cavidades, que correspondam a outras, da mesma natureza, já feitas no lado oposto (Lei n.

5.481, ad. 4.0; Código Civil, art. 581). Assim quanto aos outros casos. De forma que se pode invocar, a respeito de relações de vizinhança entre comuneiros, tudo quanto se disse sobre as relações de vizinhança entre donos de edifícios separados ou juntos.

§ 1.362. Partes integrantes indivisas, no tempo

1. CLAUSULAÇÕES. O solo pertence a *todos* os proprietários de apartamentos. Não há apartamentos, que possam ser alienados, se a eles não correspondem frações de terreno, partes indivisas, que com eles se alienem. A independência do bem imóvel "apartamento" não existe se não é parte integrante de terreno que se lhe reservou como solo. A inalienabilidade dessa parte indivisa (terreno), sem a parte divisa (apartamento), e a inalienabilidade da parte divisa sem a parte indivisa são absolutas até *que* se mude o esboço, a idéia, do edifício de apartamentos.

Essa inalienabilidade tem o mesmo fundamento que a do salão de visitas, ou a da cozinha da minha casa, *se* não alieno a casa toda. Se o direito positivo adotasse, no *numerus clausts* dos direitos reais, o direito de superfície, seria possível vender o terreno sem o apartamento, ou o apartamento sem o terreno; porém não só o direito brasileiro não admitiu o direito de superfície como também, *ex abundantia,* a Lei n. 5.481, art. 2.~, não permitiu alienação em separado, nem divisão.

2. TÉCNICA LEGISLATIVA. Em técnica legislativa, ou se construiria o instituto da comunhão *pro diviso* dos edifícios de apartamentos como assente em terreno de *propriedade única,* que seria a do dono ou dos donos dos apartamentos do primeiro andar (solução A), o que teria a conseqüência de criar o direito de *superfície;* ou a de quem quer que fosse (solução B), sendo pois igual a situação de quaisquer andares; ou como assente em terreno de *propriedade comum* (pro indiviso), entre todos os donos de apartamentos (solução C). A solução adotada pelo Brasil foi a solução C. (Foi bom, é claro, que se não houvesse copiado o art. 577 bis, *§* 9,0, da Lei belga de 8 de julho de 1924, cuja terminologia é destituída de qualquer valor científico. Basta pensar-se em que considera o terreno acessório (!) do apartamento: ..... os bens imóveis indivisos", diz o *§* 90, "que se acham ligados, a título de acessórios, ao uso comum" de dois ou mais apartamentos, "não podem ser alienados, gravados de direitos reais ou penhorados senão com o patrimônio de que são acessórios". Prova de escassa cultura!)

3.DETERMINAÇÃO DAS PARTES INDIVISAS DO TERRENO. Qual, porém, o critério para se determinarem as partes indivisas do terreno? A lei apenas falou de "domínio de todos os proprietários do prédio" (Lei n. 5.481, art. 2.0), o que se há de entender de "todos os proprietários dos apartamentos". Nada se disse quanto o valor dessas partes, quanto à fração de cada um. *a)* Iguais as partes, ainda se desiguais os apartamentos quanto à área?~b) Proporcionais As áreas ocupadas pelas partes divisas ou aos valores iniciais dos apartamentos?

A solução *b)* foi, já vimos, a adotada, que é também, *de lege ferenda,* a melhor. Cada comuneiro é condômino (aqui o termo é próprio) do terreno (não *necessariamente* de todas as partes comuns do edifício) na proporção da área ocupada por seu apartamento, *ou do seu preço inicial.* Porém não se exige cálculo rigoroso. Basta a aproximação.

4. PARTIÇÃO. Essa situação é assaz importante se o edifício tem de ser demolido e se aliena o terreno, ou se se quer dividi-lo.

A regra é imperativa. Portanto: *(a)* Nenhuma estipulação vale se atribui a algum dos comuneiros maior ou menor porção do que a proporcional à área do seu apartamento ou ao valor inicial (o contrato vale, nula é a cláusula, que se não contagia ao resto, Código Civil, art. 153). *(b)* Nenhum dos comuneiros, ainda o incorporador, pode reservar-se parte do terreno, se não corresponde, proporcionalmente, a apartamento seu; a *fortiori,* qualquer estranho. A proporção pode ser *aproximada.*

5.CUSTO E VALOR. Alguns escritores, sem atenderem ao fato nôvo, ao *novum,* da comunhão *pro diviso* dos edifícios de apartamentos, portanto sem distinguirem o terreno, as partes comuns da edificação e os apartamentos propriamente ditos, incluem no terreno o que se *construiu* e está *imediata.. mente* ligado a êle. Confusão entre a integração material e a jurídica: o alicerce, o depósito de água, com a sua maquinaria, fossas, encanamentos subterrâneos, etc., são partes materialmente integrantes do solo; porém o seu regime jurídico as faz integrantes, *primeiro,* do edifício, como partes indivisas comuns, O assunto é de grande importância prática. Quanto às partes divisas (apartamentos), cada uma teve o seu custo, que se prende, grosso modo, à sua área; quanto às partes indivisas da construção, é diferente: a repartição do custo pode ter sido diferente; isto é, não ter sido proporcional à área, nem ao preço inicial do apartamento. Exemplo: se um dos andares quis mais luxo nos corredores, portas e

peças comuns. De modo que, embora comum o uso, é possível adotar-se, quanto As partes comuns, proporção (aproximada) com as despesas do seu custo, e não com o valor do apartamento.

6.DESTINAÇÃO. O terreno, antes da construção. se não, era de propriedade de todos os futuros donos de apartamentos, ou se não o adquiriram em condomínio, tem de ser tratado como *bem destinado a um fim,* que é a transferência aos comuneiros segundo a proporção adotada (área ou valor inicial). Até lá, não são eles proprietários *pro indiviso* do terreno, porque a propriedade só se transfere, entre vivos, com a transcrição no registro de imóveis.

7.PROBLEMAS. Alguns problemas surgem com freqüência:

(a)As partes indivisas, ou divisas (A era proprietário do terreno *A;* e B, do terreno *B;* terrenos que eles juntaram para a construção do edifício de apartamentos), *antes da construção,* podem ser abaixo, ou acima do valor dos apartamentos, ou das duas áreas respectivas. *Quid iuris?* Aí, o proprietário que vai receber menos tem de ser compensado na sua contribuição para o custo da construção, ou se entende que abriu mão desse interesse, *o que não se presume,* mas a aceitação da escritura com os seus direitos, deveres e obrigações, sem compensação, é tàcitamente, não renúncia, mas contribuição espontânea *à* comunhão.

(b)Se há distribuição das partes indivisas no terreno e não se disse qual foi o critério que se adotou (área, valor inicial), tem-se como combinação de área e de valor, salvo se o cálculo não mostrar que se partiu de um, ou do outro critério. Em todo o caso, se combinação não pode ter havido, por serem arbitrárias as frações, qualquer interessado tem pretensão a que se proceda à adoção de critério aceitável pela lei. Tem-se como satisfeita a lei se as frações muito se aproximam do que seriam se adotado o critério da proporção com a área, ou com o valor inicial do apartamento. Interpretar-se-á que foram adaptadas por conveniências *(commoditatis causa)*.

(c)Acontecendo que algum dos adquirentes de apartamento não possa ter a escritura definit iva, porque o vendedor deles não a obteve, o seu crime é o de venda de coisa imóvel alheia, *riais* o de outras figuras criminais. Se o comprador do apartamento comprou-o sem terreno, a compra-e-venda não é inexistente, nem é nula: ou *a)* o vendedor vendeu coisa alheia, apartamento comum, não destinado a venda; ou *b)* vendeu apartamento, de que ilegalmente separara o terreno. No caso *b),* cabe-lhe ação declaratória para se lhe reconhecer o direito à

fração do terreno, se houve omissão no título; ou a de nulidade (constitutiva negativa), pata que se decrete ser nula a distribuição e dever-se considerar ineficaz a exclusão do terreno, regulando-se a espécie *(§* 1.344, 1).

§ 1.363. Garagens, estrebarias e dispensas

1. PEÇAS PARA GUARDAR. *Garagens* compreendem:

peças para guarda de carros, lugares para limpeza e aparelhos próprios, fixados, para o serviço de carros, ou automóveis. As *estrebarias* compreendem: as peças para alojamento de cavalos, comida, esterqueira, lugares de bebedouro e limpeza. O que se diz sobre garagens vale, hoje, para os estábulos e as dispensas, que acaso se construam em edifícios de apartamentos.

2.DIsPENsAs. Dispensas são as peças para guarda de gêneros alimentícios. O que se diz sobre elas vale para os porões, adegas, depósitos de malas ou mobílias, os tubos murais secretos e os cofres dos edifícios de apartamentos.

O que abaixo se vai expor como direito relativo às garagens também se entende para as dispensas.

3.GARAGENS. As garagens ou *(a)* pertencem aos comuneiros em comum, com a divisão do uso (dez são os apartamentos, a garagem comporta dez carros) ; ou *(b)* aos comuneiros, *pra diviso* (dez são os apartamentos, A, B, C a garagem tem dez lugares A, E, C, ..., que correspondem aos apartamentos), de modo que se trata de comunhão *pra indiviso* da peça e comunhão *pro divisa* dos lugares; ou *(c)* a alguns comuneiros, como em (a) ; ou a alguns comuneiros, como em *(b)* ou *(d)* é dividida em alojamentos separados, como garagens distintas, cada uma pertencente a um dos comuneiros; ou *(e),* como em *(d),* porém só alguns dos comuneiros têm garagem.

4.NATUREZA DO DIREITO A GARAGEM. O direito à garagem é direito real *relativamente* separado, portanto transferível a outro comuneiro, de modo que outro comuneiro (não o estranho!) pode adquiri-lo. No direito brasileiro, não havendo direito de superfície. não há direito A garagem transferível a quem não tenha parte indivisa no terreno sobre o qual se construiu o edifício de apartamentos. A alienação a quem não tenha apartamento no prédio não é anulável

somente, nem só ineficaz (como seria o caso da venda do apartamento ainda não adquirido): é nula, porque o objete é impossível (Código Civil, art. 146, II) ; e ineficaz. Se o que adquiriu o direito à garagem vem a adquirir apartamento no prédio pode obter no registro a averbação (Decreto n.

4.857, de 9 de novembro de 1939, art. 286), se não está em outro nome que o de quem lhe transferira o direito à garagem e se ainda não foi decretada a anulação do negócio jurídico transíativo.

5.NULIDADE DAS VENDAS DE GARAGENS A ESTRANhOS. Tem-se firmado o costume (atenção: costume-freqUência de negócios jurídicos, e não regra jurídica; portanto, costume no sentido do Código de Processo Civil, arts. 259-262) de se venderem garagens a pessoas que não são proprietárias de apartamentos do mesmo edifício.

Tais vendas são *nulas e ineficazes* os acordos de transferência.

Alguns pensam que estão a comprar a propriedade de garagens quando as compram em determinado prédio em que não têm apartamentos. De modo nenhum. Não temos o direito de superfície. Por isso mesmo, a aquisição de garagem em prédio de apartamentos é *inconstrutivel* no direito brasileiro. Se se trata de dois prédios vizinhos, o que se pode dar, se os outros comuneiros concordam, ou se a garagem é inteiramente divisa e pois parte divisa de um dos apartamentos, é construir-se juridicamente, ainda que por mera *conversão* do negócio jurídico (regra de interpretação dos negócios jurídicos segundo a qual, do ato nulo, se salva a vontade, como *servidão.* Para isso, é preciso, porém, que no negócio da compra-e-venda estejam todos os elementos do negócio em que se vai converter (pressuposto objetivo) e os resultados do nôvo negócio possam ser idênticos, ou, pelo menos, provAvelmente queridos pelos declarantes (pressuposto subjetivo). Se o adquirente não é dono de apartamento no mesmo prédio, ou no prédio vizinho, não se pode pensar em servidão. Negócio jurídico nulo, ineficaz, e sem conversio possível. A aquisição da garagem pelo estranho é irregistável. Sobre isso, veja Tomo XI, *§§* 1.218 e 1.191, 6. Também Tomo IV, *§§* 374-379 e 403, 2.

Uma das conseqüências de ser inconstrutível, no direito brasileiro, a alienação de garagem, ou outra peça do edifício de apartamentos, a quem não seja dono de apartamento, é a de não poder ser registrada tal aquisição.

Nem por meio de transcrição, nem por meio de averbação. Outra é a

de adquiri-la quem, adquirindo o apartamento, a adquira por expressa referência do instrumento de compra-e-venda, ou como parte integrante divisa do apartamento alienado.

Se o dono de um só apartamento aliena o apartamento, ressalvando a garagem, procede a divisão ilegal da coisa; porque só lhe seria possível separar apartamento e garagem, alienando o apartamento a algum estranho e a garagem a algum dos outros donos de apartamento. Se alienou, com infração do sistema jurídico brasileiro, isto é, se disse só alienar o apartamento sem garagem e não ligou essa garagem a algum apartamento seu ou de outrem no mesmo prédio, o direito à garagem foi com o direito ao apartamento, uma vez que é direito que depende de outro no mesmo prédio.

É preciso que os adquirentes de apartamentos e de garagens prestem toda a atenção a esses pontos, que são capitais no sistema do direito brasileiro.

6. SERVIÇO DE GARAGEM. A servidão, em se tratando de garagem, pude ser de um apartamento dominante A sobre outro apartamento, B, serviente, ou de prédio vizinho, apartamento, ou não, sobre o apartamento A ou edifício de apartamentos .

(a)Para que se dê servidão de garagem entre dois apartamentos do mesmo edifício é preciso que a um deles se atribua servidão (apartamento A, dominante, tenha êle, ou não, sua garagem), sobre outro apartamento, B, que tem a sua, porém que é constrangido a servir com ela, no todo, ou em parte, ao apartamento A. A garagem, está claro, ~é de B, sem o que não se poderia pensar em servidão a favor de A.

(b)Para que se estabeleça servidão de garagem entre o apartamento A e o prédio vizinho, ou o apartamento do edifício vizinho, não se faz mister que o apartamento A não seja do dono da garagem de que se trata, mas sim que a seu favor se haja constituído servidão. Naturalmente, essa constituição de servidão tem de obedecer às regras relativas ao prédio vizinho. Se é, por exemplo, de edifício de apartamentos, o comuneiro não pode conceder servidão a estranhos sem consentimento dos outros comuneiros.

(c)Para que haja servidão de garagem contra o apartamento de um edifício de dois ou mais andares, a favor de outro prédio ou apartamento de outro edifício, precisa o comuneiro do consentimento dos outros. Em todo o caso, tal servidão é usucapível, ainda que o

regulamento do prédio de apartamentos proiba que se estabeleçam servidões. Por outro lado, o não-uso durante dez anos contínuos a extingue por lei (Código Civil, art. 710, III), 7.GARAGEM À PARTE. Se, porém, o edifício de apartamentos foi construído de forma a que o andar inferior, ou outro, se destinasse a garagem, ou outra utilidade, como “apartamento” (isto é, parte divisa, propriedade distinta),

muda de feição o problema. Para isso, é preciso que a Esse apartamento, a essa parte divisa, corresponda parte indivisa do terreno, tal como acontece aos outros apartamentos. O que importa é, portanto, a *parte indivisa no terreno,* que possa ser alienada com a garagem, o guarda-móveis, ou outro apartamento destinado a fim especial.

Então, entre esse apartamento e os outros só existe a relação que se observa entre os outros. Não é como ocorre entre a garagem de servidão, ou a garagem parte integrante do edifício (parte integrante *comum),* ou a garagem parte integrante de um ou alguns apartamentos.

Outro pressuposto para que a garagem seja propriedade à parte é que o espaço que a ela se destina dê para as três peças a que se refere a Lei n. 5.481, de 25 de junho de 1928.

§ 1.364. SALÕES LIVRES

1.PEÇAS DE DESTINO ESPECIAL. Ás vêzes é de conveniência dividir-se o edifício de apartamentos de maneira tal que algum espaço dele seja próprio para casa de comércio, cinema, ou salão de conferências, exposições, ou outro fim típico. A Lei n. 5.481, de 25 de junho de 1928, art. 1.0, não admite propriedade divisa de apartamentos de menos de três peças, de modo que as partes separadas de menos de três peças não são tidas como partes separadas, porém como partes comuns integrantes do edifício. A propriedade de espaços de duas peças, no direito brasileiro, é inconstruível. Não há propriedade à parte de um salão, cujo espaço não *possa ser* de três peças. Se no edifício há apartamento de duas peças só, ou êle é parte integrante *comum,* ou parte integrante de algum andar, ou de um ou alguns apartamentos. Não há possibilidade de se construir juridicamente como propriedade isolada.

O espaço que dê, segundo as posturas municipais e outras leis, para três peças, funciona como *espaço minimo;* de maneira que se pode transformar em salão o apartamento de três peças, se as leis

municipais e outras não fazem exigências especiais, ou deixar, se está nos planos de construção, para esse uso permanente, o espaço.

2.LEIS DE DIREITO PÚBLICO. Em todo o caso, a permissão municipal ou das leis de ordem pública não confere

direito adquirido à utilização, no plano do direito público. Outra lei, de incidência imediata, pode retirar, *in futurum,* a permissão ou fazer exigências novas.

3.PRESSUPOSTOS. Os pressupostos para que o salão, ou o espaço livre, utilizável, depois, como o entenda o dono, seja propriedade isolada, isto é, alienável a estranhos, são: a, corresponder a êle parte indivisa do terreno; b) ser suficiente para as três peças de apartamento.

§ 1.365. Chaves do prédio

1.CLASSIFICAÇÃO DAS CHAVES. As chaves do prédio de apartamentos: ou são *(a)* chaves do portão ou dos portões, encravados nos tapumes do prédio; ou *(b)* chaves das entradas do edifício (portas principais, portas de serviço; ou *(e)* chaves de alguma dependência fora do edifício principal; ou *(d)* chaves de portas interiores que ligam partes integrantes comuns *(e. g.,* o salão comum e o corredor comum); ou *(e)* chaves das portas que unem partes integrantes comuns a todo; os donos de apartamentos e partes privativas; ou *(f)* chaves das portas que unem partes integrantes comuns e alguns donos de apartamentos e partes privativas; ou (g) chaves das portas que unem partes privativas de dois apartamentos; ou *(h)* chaves das portas que unem portas privativas do mesmo apartamento.

2.CHAVES DO APARTAMENTO. As chaves da espécie (a) têm de ser *múltiplas,* e cada dono de apartamento tem o direito de ter a sua e de confiar exemplar às pessoas que habitam o mesmo apartamento (se a confia a pessoa estranha assume inteira responsabilidade civil pelos danos que daí resultarem). A responsabilidade é a do que tem o uso, *e. g.,* o locatário; ou a do chefe de família, ou tutor ou curador, ou empregador, ou do que confia imprudentemente em estranhos.

Os outros comuneiros têm pretensão a que se lhes comunique quais as pessoas que têm chaves. Por outro lado, se há porteiro permanente

(isto é, sem interrupção), há-se de entender que as chaves não podem ser confiadas a pessoas que não habitam o prédio, sem grave infração do~ deveres intracomuniais. Nesse caso, as chaves são apenas para os casos excepcionais em que o porteiro adoeça, ou por outro qualquer motivo não possa estar no seu posto.

3.CHAVES DAS ENTRADAS. O tratamento jurídico das chaves da classe *(14* é o mesmo que se dá às chaves da classe (a). Apenas ocorre certa especialização, se se cogita de chaves de portas de serviço, que podem ser confiadas, de preferência, a empregados, salvo se há convenção em contrário. A prática de se pedir, pelo telefone, ao porteiro, ou a alguém que habite, ou esteja no prédio, que deixe aberta a porta, ou em certo lugar a chave, tem-se como vedado. O que assim procede obra sob sua própria responsabilidade e *ipso facto* a assume.

4.CHAVES DE ALGUMAS DEPENDÊNCIAS. As chaves de alguma dependência, fora do edifício em que estão situados os apartamentos, ou chaves da espécie *(e),* devem achar-se com a pessoa encarregada dessa dependência, se tem destinação especial, ou com a administração, ou, se se trata de uso comum, com todos os comuneiros; mas casos há em que se não justificaria a multiplicação de chaves para o mesmo apartamento. ~, pelo menos, abuso do direito do comuneiro que guarda móveis na peça comum do edifício entregar ~a cada uma das pessoas da casa chave de tal peça onde se guardam bens de outros. Ainda em falta de disposição expressa, tem-se como infração do dever de usar a parte comum, ou a pertença comum *(e.* g., cofre, armário-móvel), sem molestar, com isso, os outros comuneiros no seu uso e na sua segurança (cp. Código Civil, arts. 554 e 555).

A destinação pode ser tácita, ou presumida, e a permissão de multiplicação das chaves resultar da prática estabelecida até então, posto que não baste para retirar as pretensões a que se observe o que é mais acorde com o direito.

Se até o momento a chave só estava com o administrador. ou com algum empregado, presume-se que fora convencionado não se multiplicar a chave.

5.CHAVES DAS PORTAS INTERIORES. As chaves da espécie *(d),* chaves das portas interiores que ligam partes integrantes comuns, têm de ser múltiplas, ou estar em mão de alguém que regule o uso

sucessivo, se é o caso, ou a abertura periódica, ou prefixada, ou ordenada, para uso comum simultâneo (salão de festas *comuns,* piscina interna).

6. CHAVES PRIVATIVAS. As chaves da espécie *(e)* somente podem pertencer aos donos da parte privativa, salvo se esse anui, ou se lhe foi imposto pela convenção unânime, que tenha duplicata o administrador, o porteiro, o detetive do edifício, ou outra pessoa determinada. A posição jurídica de qualquer desses é a de servidor da posse.

7. CHAVES DAS PARTES INTEGRANTES COMUNS. As chaves da classe *(f)* têm de ser restritas aos donos das partes integrantes comuns, porém com a particularidade de não serem múltiplas e sim diferentes; salvo o caso de duas chaves ou outro meio de fechamento que individualize a vedação, *e. g.,* chaves comuns e trinco interno na parte divisa ou privativa. É possível chave de entrada para a parte comum sem vir de parte divisa, ou. vindo de onde está o encarregado da limpeza comum. Essa chave se rege pelo que se disse acima, n. 5 ou n. 6.

8.CHAVES DAS PORTAS PRIVATIVAS DE DOIS APARTAMENTOS. As chaves da classe (g) pertencem aos donos dos dois apartamentos, ou ao dono deles; ou a um só, se foi convencionado. A existência de chave de reserva, ou de socorro, em mão do administrador ou de outra pessoa, depende de convenção entre os dois interessados, que se não presume.

9.CHAVES DE PORTAS PRIVATIVAS DO MESMO APARTAMENTO.

As chaves da espécie (li) têm o uso que lhes atribui o dono da casa. Ele é quem regula a unicidade e o seu uso, a multiplicidade e o seu uso, tanto quanto a adaptação de ferrolho, trinco, chave de fechamento só interno, tranca ou outro meio de segurança, como em certos lugares em que se guardam valores, corrente elétrica, campainha de alarme, alçapões, armadilhas, armazelos, ou alcapés. Se o administrador ou outra pessoa tem chave de reserva ou de socorro, depende da vontade do chefe da casa.

§ 1.366. Utilização das partes e pertenças comuns

1.USABILITIADE. Nas *partes comuns* e nas *pertenças comuns,* o uso por um, ou alguns dos comuneiros, não lhes confere prioridade; porque a prioridade negaria a usabilidade por todos em iguais situações, que é o princípio mesmo da indivisão. Se, porém, por um dia, algum ou alguns dos comuneiros se utilizaram de algum dos lugares do edifício ou do jardim, sem ser contra a destinação dele, não podem ser molestados, por se entender que os outros comuneiros têm pretensão a que se lhes respeite igual atitude futura. Fica-lhes salvo o reclamarem que se faça lista de turnos, ou que se exija inscrição prévia para a utilização. Trata-se, aí, de *pretensão á regulação.*

2.SERVIDÃO. Nenhuma servidão pode ser imposta entre o edifício de apartamentos e outro prédio, sem que o seja pela totalidade dos comuneiros, ou contra eles; e o direito de servidão é exercido por todos, como se passa a respeito das partes integrantes e pertenças comuns. A afirmação de que cada comuneiro é legitimado à aquisição da servidão comum, sem precisar do consentimento dos outros, é falsa.

§ 1.367. Servidão e apartamento

1.INDIVISO E DIVISO. Quanto às comunhões *pra indiviso,* claro é que não se pode constituir servidão passiva sem que se trate de todos os condôminos. Quanto às comunhões *pro divisa,* o princípio continua de reger quanto ao que écomum, porque indiviso é. Na própria usucapião, a posse, que é elemento dela, há de ter sido excludente da posse de todos os comuneiros. Ou só se refere à *pars.*

2.SERVIDÂO PASSIVA E SERVIDÂO ATIVA. Tratando-se do apartamento mesmo, alguns escritores superficiais admitem que o dono do apartamento constitua, sôzinho, servidão resalva. No edifício mesmo, entre os comuneiros ou a favor da própria totalidade deles, essa constituição é possível, e compreende-se-lhe a admissibilidade a *priori,* só suscetível de exceção se a servidão infringe regra proibitiva do ato constitutivo da comunhão *pro divisa,* do regulamento, ou de outra convenção, ou se é contrária a interesses dos outros comuneiros, quando só entre alguns dos apartamentos.

A servidão a favor de prédio estranho exige maior exame, porque o apartamento é parte integrante, como o terreno e ás partes comuns do edifício, de propriedade que está *em comum* com, os outros. É preciso nunca perder-se de vista que o divisa está engatado no indiviso; e o

indiviso força o diviso a certas regras suas. Também aqui é exigido à constituição da servidão *coNtra o apartamento* que não se afaste dos interEsses comuns, como se induz dos negócios jurídicos da comunhão *pro divisa* e das circunstâncias mesmas do momento em que se pretende constituir.

No ato constitutivo da comunhão *pro diviso* pode estabelecer-se que alguma parte, que, de regra, porém não necessaramente, seria comum, se tenha como parte integrante divisa de algum apartamento, ou parte integrante indivisa somente de dois ou alguns apartamentos. Sobre essa parte pode recair servidão. Se sobre parte comum se permite que um dos apartamentos tenha a sua chamada telefônica especial, não há servidão do apartamento sobre a parte comum: há regulação do uso. Dá-se o me~mo se se permite que no quintal comum um dos apartamentos tenha canil, mas a servidão configura-se se há excesso da quota. Se foi entendido que os outros poderiam fazer o mesmo trata-se de uso pelo comuneiro, pra parte, e não de servidão, sendo redutível o excesso, se há.

3.ATO OU OMISSÃO. No que o dono do apartamento, por si só, não poderia praticar o ato ou omissão, não pode conceder servidão; e em tais casos a servidão, que se constitua por usucapião, constitui-se contra todos, e não somente contra o dono do apartamento: recai sobre o edifício, não só sobre o apartamento, embora seja esse a

"parte" mais atingida.

4.Aro CONSTITUTIVO E REGULAMENTO. Se foi permitido, pelo ato constitutivo, ou pelo regulamento, ou por alguma convenção posterior, que se abrisse porta, ou se construísse passadiço, trave ou ponticelo, de que já falavam as Ordenações Filipinas (Livro 1, Titulo 68, *§* 32), cumpre indagar: se a permissão foi a título precário, ou não; se não foi a titulo precário, se para certa utilização temporária *(e.* g., casa de modas nos dois prédios), ou como servidão. Qualquer dessa figuras não altera os direitos e pretenções sobre o que é comum em cada prédio, inclusive elevadores.

Tratando-se de servidão, o dono do apartamento serviente pode removO-la de um lugar para outro, contanto que o faça *à* sua custa e em nada diminua as vantagens do prédio dominante (Código Civil, art. 703) e não atinja interesses dos outros comuneiros (arts. 628 e 633)

5.SERIDÃO ATIVA. Se a favor do terreno se tinha servidão ativa, a construção do edifício de apartamentos não lha tira. Se foi demolido, ou destruído, o edifício de apartamentos, ao qual cabia servidão ativa, a servidão continua de existir a favor do nôvo edifício, exceto se já inútil.

§ 1.368. Tabuletas, letreiros, luzes de anúncio, etc.

1. SINAIS INDICATIVOS. Os sinais indicativos de alguma profissão, ou do simples nome do possuidor, na fachada do edifício, somente podem ser usados restritos *à* parede correspondente *à* testada do apartamento se é permitido o exercício da profissão e não foi proibido, ainda que permitido esse exercício, o uso dos ditos sinais.

A proibição pode ter sido direta, em virtude de atitude por palavras ou atos, ou indireta *(frota coneludentia),* como se houve reação inicial, respeitada por todos, contra o primeiro que desejou usar sinais externos. Nos edifícios de luxo, com fachadas de valor arquitetônico, que exijam unidade e uniformidade, em que não se devam, a *priori,* permitir tabuletas, ou outros sinais, toda presunção de ser facultativa a colocação deles seria ilação contra o interesse comum e, se o espaço compreendido pelo apartamento é privativo, a fachada não no é: a fachada, na superfície exterior, é *comum,* sem qualquer discriminação de correspondência com os apartamentos.

Se, admitida a afixação de sinais, se exige que não excedam esse pedaço de fachada, não é porque esse pedaço de fachada seja *diviso,* e sim porque, se o excedesse, o sinal apontaria *mais* do que haveria de apontar.

2. FALTA DE PERMISSÃO. Tão pouco, o dono de qualquer apartamento ou os donos de alguns apartamentos podem colocar tabuletas e outros sinais em partes comuns, se o ato constitutivo ou outra convenção unânime não o previu. Presume-se, porém, que *é* colocável o que se referir a alguma empresa que deu nome ao edifício, ou se, sem oposição dos comuneiros, foi talhado o nome no próprio edifício. Se esse direito a anunciar ou denominar existe, constrói-se como servidão ativa do apartamento sobre a parte comum, portanto sobre os outros apartamentos. Se não foi constituída, pode ser usucapida, segundo os princípios.

3.ABUSO DO DIREITO. Se a tabuleta ou outro sinal *é* tal que desvaloriza a fachada, ou se destoa da rua *(e. g.,* só residencial), ou se é escandaloso, ou se, ainda permitido em princípio, se afasta do exercício regular do direito de afixar sinais, dá-se o *abuso do direita* (Código Civil, art. 160, 1). Aí, não se discute se era permitida a afixação, porém se foi exercido, dentro da normalidade do exercício, o direito de afixar sinais.

Note-se a diferença: a) Se afixa sem direito, viola regra da comunhão (Código Civil, arts. 623, 1, 627, *in fine,* e 628; Lei n. 5.481, de 25 de junho de 1928, art. 4.0: "O condomínio por meação de parede, soalhos e tetos dos apartamentos regular-se-á pelo Código Civil, no que lhe for aplicável"). Se afixa com exagêro, emulação ou irregularidade, abusa do direito. Também pode dar-se que infrinja *direito de vizinhança,* como se a tabuleta é perigosa para os andares inferiores (Código Civil, art. 554). Se ao suporte fático do fato de que resulte responsabilidade, é de exigir-se o elemento *culpa,* resolve-se conforme os princípios de cada especie.

§ 1.369. Escadas e elevadores

1.PARTES INTEGRANTES DESLOCADORAS. Escadas, elevadores, ascensores, tapêtes rodantes, etc., são partes integrantes destinadas a mudar de altura pessoas e coisas. Todos os comuneiros concorrem para o seu custeio e conservação, força, luz, limpeza, na proporção dos valores. Exclui-se o dono do pavimento térreo, salvo se há por sobre o último andar jardim comum, ou salões comuns em outros andares, cuja freqüência pelos habitantes do pavimento térreo seja de presumir-se.

O que se disse sobre o pavimento térreo vale para qualquer outro de onde principie a escada, ou parta o elevador, bem como para os demais não servidos por ela, ou por ele, uma vez que a escada não seja simples lance continuativo, ou o elevador não seja peça de sistema de elevadores. O ato constitutivo ou a convenção posterior podem exigir que os apartamentos não-servidos também concorram.

A utilidade do ascensor aumenta em razão da distância em que o andar se acha do solo. Para os donos do andar térreo, salvo se há andar subterrâneo, a que se tenha de ir, é nula. Mas o ascensor é parte integrante do edifício e pertence, de regra, a todos os comuneiros; e parte comum: o uso é que não é comum. Pode dar-se que algum dos andares não tenha entrada e salda para o elevador, de modo que a

aparência é contra ser compropriedade dos comuneiros de tal andar. Todavia, ainda ai. tais comuneiros têm compropriedade, sem o uso comum, o que lhes dá direito à quota do terreno no caso de venda de todo o prédio para demolição e no caso de desapropriação. Se outra coisa se dispôs, sim; o elevador é parte indivisa em relação aos que dolo têm o uso e divisa em relação aos que foram excluidos.

Cumpre advertir-se em que não há correspondência necessaria entre ser dono da *para pro indiviso* e ter de concorrei para as despesas do uso. Somente há tal correspondência entre quota de domínio e despesas se a parte indivisa não é usável. no sentido vulgar *(e. g , é* parede de fechamento doa lados, ou viga Interna), ou se a desposa não é para o uso, nem foi produzida por fato ligado ao uso. É preciso não se trazer à discussão presunção de ser do domínio de A o que A pode usar, ou não ser do domínio de A o de que não precisa usar. Tal presunção pode existir noutros sistemas jurídicos; não existe no brasileiro. No que concerne às partes necessariament.e individual, não há problema; no que toca às partes não-necessariamente indivisas, porém que não estão incluídas nas partes divisas e essas é que têm de ser apontadas, expressamente o que se há de entender (não só de presumir) é que são Indivisas.

APARELHOS E MÂQUINAS. Os aparelhos e maquinada que fazem parte do elevador, ou do tapete rodante, ou da escada automática, ou de outra peça, têm-se como partes integrantes dessas peças (partes integrantes de partes Integrantes comuns). Se há dois elevadores, ou outras peças, presumem-se comuns de todos os comuneiro, ou dom donos dos apartamentos a que servem.

3. PASSADEIRAS. As passadeiras das escadas são comuns, salvo convenção. A obrigação de colocar passadeiras comuns é de presumir- Se se nos degraus estão os seguradores, bem assim a de colocar tapêtes se há, por exemplo, as cavidades apropriadas.

- *1* 370. Portas e aberturas nos apartamentos

1.OCULOS E PORTAS. O dono do apartamento é dono de parte divisa que, unida às partes comuns do edifício e ao terreno, faz o *tada.* O seu direito de abrir portas, ou óculos, ou quaisquer buracos nas paredes do seu apartamento, não é o mesmo que teria o dono de uma casa que desse para o *seu* terreno ou para a rua. O edifício tem a sua unidade fisionômica, o seu plano; e não raro, a abertura de uma porta no corredor comum quebraria essa unidade. Porque a cavidade não seria

só no diviso, seria também no indiviso. A regra é, portanto, a de que só se permitem essas alterações nas paredes comuns ou nas paredes-meias se os outros comuneiros consentem. A respeito das paredes comuns, porque se trata de compropriedade, e nenhum pode arrancar-lhe tijolos, ou outro enchimento, para pôr porta. A respeito das paredes-meias, porque a alterabilidade delas depende de se restringir à *meia espessura* (Código Civil, art. 581), o que exclui a *abertura,* que é, por definição, cavidade na espessura toda.

2.TRANSFORMAÇÕES. O que acima se disse quanto à porta nova também vale quanto à transformação da janela em porta, ou da seteira em janela, ou da porta em janela, ou da porta ou janela em seteira.

3.ALTERAÇÕES. O que deseja abrir a porta, ou executar alguma das obras antes referidas, pode excluir a presunção da proibição se afirma e prova: a) que não há quebra da simetria ou do plano do edifício e se trata de melhoramento; *1))* que não houve proibição convencional; *c)* que os discordantes apenas abusam do seu direito de serem consultados.

4.PAREDES PRIVATIVAS. Nas paredes que não são paredes comuns, nem paredes-meias, o dono do apartamento pode abrir as cavidades que entender, desde que não atinjam o esqueleto comum do edifício.

5.PAREDES-MEIAS E PAREDE COMUM. São exemplos de proibições de aberturas da parede-meia ou da parede comum:

a)o que não tem passagem direta para o Mil, átrio ou salão, entrada, ou corredor, fazê-la, quer se trate de pavimento térreo, quer não; *14* se alguns apartamentos não têm coradouros, abrir janelas para os fazer; o) o que não recebe ar ou luz da escadaria abrir óculo, ou outro orifício.

Quanto ao apartamento do andar térreo, ou outro qualquer, que não tinha uso da escada, ou do elevador, ou *hail,* ou do terraço, ou do salão, a abertura de passagem seria como a abertura de passagem para apartamento alheio, porque não lhe cabe propriedade, nem uso, ou, se foi previsto que lhe cabia a propriedade e não o uso, não lhe cabe esse.

§ 1.371. Pertenças do apartamento

1.ExISTÊNCIA, INDEPENDÊNCIA E DEPENDÊNCIA. São pertenças do apartamento os bens, quase sempre móveis, que ficam em relação de dependência com êle, isto é, *existem* como coisa e ficam dependentes deles; à diferença da parte integrante, essencial ou não, que não têm existência à parte. As coisas, de regra, têm *„existência* e *independência;* a pertença tem aquela, e não essa; a parte integrante só existe como parte, portanto não tem *existência* como coisa, de per si, nem teria sentido falar-se de ser dependente ou independente. Nem ela depende das outras partes, nem as outras partes dependem dela: todas existem na coisa de que se trata (parte indivisa do terreno * apartamento + *.4.*

2.GÁs, LUZ, REFRIGERAÇÃO, ETC. Enquanto as instalações de gás, luz ou refrigeração, aquecimento e esgotos são partes integrantes do edifício e, desde certo lugar (relógio, registro de cada apartamento, cano de condução ao cano mestre), partes integrantes do apartamento, as instalações telefônicas e de rádio quase sempre são partes integrantes do apartamento *(e. g.,* telefone de cada apartamento), às vêzes são pertenças do edifício (mesa de telefone, telefone do porteiro).

3.TELEFONES; DESPESAS DE CONSUMO. Se a instalação telefônica é de mesa, entende-se comum a despesa, quer quanto *à* instalação, quer quanto ao custeio, quer quanto à conservação.

O custeio pode obedecer a critério especial de repartição: número de telefonemas; número de pessoas residentes; pinos internos de cada apartamento.

As despesas de consumo do gás são individuais. Excepcionalíssimo seria se se houvesse estipulado divisão em partes iguais ou pela área dos apartamentos. Diga-se o mesmo quanto às despesas de consumo de força elétrica. A água é individual, salvo se não há registros individuais.

§ 1. 372. Móveis dos apartamentos

1.PARTES INTEGRANTES E PERTENÇAS. Os bens móveis, isolados, que guarnecem cada apartamento quase sempre lã estão transitôriamente. A permanência efetiva, ainda através de dezenas de anos, ou secular, não lhes tira o caráter de utilização transitória no

apartamento. Os bens móveis, que guarnecem o edifício nas partes comuns, entende-se que são dependentes; portanto, *pertenças.* O móvel posto pelos comuneiros do mesmo andar, ou de dois deles, vizinhos, pode ser pertença do andar, ou do grupo de apartamentos, ou não. Um dos expedientes para se saber como se deve classificar é o de se responder se, alienando o apartamento, algum deles teria pretensão para levá-lo, restituindo o preço recebido, ou, se, *e. g.,* só êle o pôs lá, sem restituição ou indenização.

2. INCRUSTAÇÓES. O sofá incrustado e o armário de parede são partes integrantes; não são, pois, bens móveis.

Podem tornar-se bens móveis se o dono os separa da parede.

§ 1.373. Despesas de conservação

1.PARTES INTEGRANTES COMUNS. Tudo que é parte integrante comum do edifício pertence a todos, de modo que todos têm de concorrer para a conservação. Assim acontece ao esqueleto do edifício, muros, calçadas e pátios; vestíbulos, átrios, *halls,* jardins, quintais comuns, corredores externos aos apartamentos, varandas comuns, instalações elétricas, de gás, sanitárias, etc. (até os relógios e registros), depósitos comuns de malas, etc.

2.REGRAMENTO. Tudo que só é comum a cada andar, tem de ser conservado pelos donos dos apartamentos desse andar; *e. g.,* o serviço sanitário para o porteiro, ou guarda, ou empregado de um só andar. Porém nem sempre a exclusividade do uso comum pelo andar implica a comunidade da propriedade somente por andar. O

quod plerum que fit é a coincidência. O ato constitutivo pode ter dito diferentemente; ou terem os comuneiros, em deliberação unânime, reconhecido (declarado) a distribuição por andar, ou adotado (constituído) essa *divisão.* Tal deliberação é registável por averbação.

8.DA DIVIDA DE DESPESAS. As despesas não são distribuídas proporcionalmente às quotas, mas sim ao

"valor da propriedade" (Lei n. 5.481, de 25 de junho de 1928, art. 9.0: "Anualmente, os proprietários de apartamentos, votarão por maioria, a verba para as despesas comuns de conservação de edifício,

concorrendo, cada interessado, dentro do primeiro mes do trimestre, com a quota que lhe tocar para o custeio de acordo com o valor de sua propriedade. As decisões da maioria em relação ao orçamento dessas despesas serão comunicadas aos interessados ausentes por meio de carta registrada

e edital"). Aqui, ao revés do que ocorre quanto à determinação das *partes dominicae, 6* variável a proporção, devido à regra *Cuins commoda ema est incommoda,* que seria fora de propósito quando se quisesse determinar a fração de cada comuneiro no terreno. As despesas são distribuídas, não proporcionalmente as quotas de domínio, o que só se dá no condomínio (art. 624), mas ao valor de cada apartamento: o capital é que paga a despesa, e não o elemento estático da quota no terreno e nas demais partes comuns.

O valor da propriedade é determinado segundo os critérios parciais. O chamado acUdo sobre os valores dos apartamentos é declaração coletiva de conhecimento, em que os interessados têm por verdadeiras as proposições que enunciam: o apartamento a vale a; o apartamento *b* vale *b;* o apartamento *e* vale *e.* Se não há unanimidade na estimação, não se podem fixar, por maioria, os valores dos apartamentos. A declaração "unânime", que não no é, pode ser atacada como qualquer deliberação a que se exigisse unanimidade, por se tratar, não de negócio jurídico declaratório, mas de ato jurídico *atrieto sensu,* suscetível de nulidade, anulabilidade e ineficácia *(e. g.:* não se convocaram todos com o prazo regulamentar ou razoável

em que pudessem colhêr informes sobre preços dos apartamentos; um dos comuneiros que declararam era absolutamente incapaz, no momento, ou relativamente incapaz; foi o titular do pátrio poder, tutela ou curatela que declarou, em vez de o relativamente incapaz com a assistência daquele; quem estêve presente e declarou já não era comuneiro). O art. 155 é invocável, por analogia. Não bastam poderes para administrar: se o bem é comum, ou particular do cônjuge, que o outro administre.

ambos têm de declarar, ou o cônjuge não-dono tem de assentir.

Se não há unanimidade, o caminho que se tem é o pedido ao juiz, para que se proceda à declaração, em ação declaratória da relação jurídica derivada da distribruição das quotas de valor atual (ação de determinação das quotas), que não se confunde com as medidas cautelares de avaliação (Código de Processo Civil, art. 676, VI; cf.

Comentários ao Código de Processo, nota 7 ao art. 676, VI). A avaliação

há de ser recente, segundo os arte. 481-482 ou 521 ou 564 do Código de Processo Civil.

Os valores dados pelo Estado, para cobrança de taxas e impostos, ditos estimações cadastrais, não bastam, e na própria Itália, com textos explícitos, foram repelidas *(e.* g., Cassação, 10 de agôsto de 1942, *Foro italiano,* 1942, *verbo* Comunione, n. 92). Não somente podem ser inexatas, como também a coisa julgada formal perante a administração não se pode impor como coisa julgada material no juízo cível. Tão pouco servem os preços de anúncios e reclames, que podem dar indícios, porém nem sempre exprimem o preço médio, nem têm em conta embelezamentos e inovações. O valor depende, em geral, da zona e da rua, da área, do acabamento e vista do edifício, da altura, da destinação da área térrea, de ter ou não ter garagem, da vista ou vistas que tem o apartamento, o ser de frente, do meio ou doe fundos. O preço ou valor venal das coisas varia conforme fatôres de ordem econômica e psicológica, que são estranhos à investigação jurídica. Essa se restringe ao aspecto que interena às relações de direito. O avaliador determina, com certa aproximação, ou probabilidade, o *valor legal* ou *vulgar:* legal, se se trata de dinheiro ou de algum bem que as leis de emergência taxaram, hoje assunto assaz importante na era de transição pânica que se atravessa; vulgar, quando se consulta a opinião comum, a estimação feita pelo público, ou por alguém, oriunda de fatôres psicológicos das suas necessidades e preferências permanentes ou ocasionais. A leitura de MANUEL GoNÇALVES DA SILVA *(Commentaria,* IV, 2"?) mostra que a distinção era velha no direito português, vindo da Glosa, devendo os avaliadores levar em conta, ou a *tazatio legis,* ou o valor "ac prudenti hominum iudicio, et aestimatione mensuratur, considerata non solum ipsa rei natura, sed etiam eius utilitate, vel necessitate, abundantia, vel penuria". Assim, AGosTINHO RAnHOSA e ÁLVARO VALAScO. O valor legal só é divisível se a lei o permite, o preço comum só é indivisível se, dividida a coisa, diminui o valor dela, ou se, havendo comunhão *pra indiviso,* não cabe a venda forçada e a alienação da parte ideal não daria a quota correspondente ao valor da coisa. Se há taxação legal mínima, a avaliação do excedente *é* de valor "vulgar". Se há taxação legal máxima, a estimação abaixo da taxa também o é. Às vêzes tem aplicação a estimação do testador, ou a do que. pretende a coisa, recebendo-a acima do preço, ou por ser esse o valor intrínseco, e não o extrínseco (ou da estimação ad *venditionis contractum refertur),* ou por ser afetivo, emocional *(ex singuiari affectione).* Temos, pois, o valor legal e o vulgar; e o vulgar pode ser (a) negocial (prefixado em contrato ou declaração unilateral de vontade), ou *(b)* comum, ou *(c)* pós-fixado por alguém (de afeição). A Glosa já distinguia as três

espécies. O preço vulgar é suscetível de alternativa *(e. g.,* "se algum dos mesmos herdeiros quiser os três terços, *x;* se só um têrço, $x + 1$; se dois terços, $x + 2$") Os valores dos apartamentos, para efeitos do ad. 92, são mutáveis, quer pela mudança do valor proporcional devido a melhoramentos que o dono do apartamento fêz no apartamento, ou algum por êle, quer pela desvalorização ou valorização dos outros, ou outros, devido a construções próximas, ou elevação do gabarito.

Tais mudanças permitem nova ação declaratória da relação jurídica entre os comuneiros. Não se trata de mudanças de circunstâncias, em que se baseie ação de modificação; não há, aí, qualquer ação de modificação: a ação é declaratória da relação dos valores de agora, como a anterior o fora; as ações declaratórias de relações jurídicas que podem mudar são como fotografias de momentos e sua prestabilidade é concernente ao tempo em que não se operou mudança. Se rachou a

parede do lado esquerdo, o valor dos apartamentos que ficam do lado esquerdo diminui. Se o Estado mete repartição pública num dos andares do edifício residencial, o preço dos apartamentos próximos, ou que se servem do mesmo ascensor, diminui. Se há desapropriação do prédio dos fundos para se fazer praça pública e os apartamentos dos fundos passam a ter vista

para a praça, o valor deles cresce.

As alterações nas quotas dependem dos mesmos requisitos que as fixações iniciais. A maioria nada pode fazer. Só a unanimidade pode declarar o valor. Se falha, só o juiz pode dizer qual a relação jurídica entre os comuneiros, no tocante à proporcionalidade nas despesas.

As avaliações cautelares só servem a fixação de valores, que vão ser alterados, como se o comuneiro entende que houve desvalorização transitória e quer munir-se de prova, para segurança.

4.OBRIGAÇIO "PROPTER nEM". A obrigação por despesas de conservação é *propter rem.* Por elas é responsável, *ex nune,* o que adquiriu o apartamento, se, ao adquirir, já estava registado o valor da quota nas despesas, proporcional ao valor do apartamento, ou se posteriormente foi fixado uninimemente, ou judicialmente.

O preço, que pagou ou diz ter pago o adquirente, não é Wastante para a mudança da quota, quer para mais, quer para menos. As dívidas anteriores são dividas do comuneiro anterior, salvo se de direito público ou reais. A renúncia à propriedade do apartamento não libera

o renunciante.

5.ESPAÇOS INTERCALARES INDIVISOS. No direito brasileiro, as subidas de andar para outro, as paredes que os ligam, as clareiras, e o mais que separa os andares e apartamentos não se consideram, salvo disposição unânime em contrário, partes somente comus dos apartamentos e andares separados. Se têm de ser tidas como de conservação por andar, entende-se que ao de baixo incumbe as despesas até a altura do plano horizontal de separação e ao superior o que dai vai até o teto. Como regra jurídica dispositiva, é criticável (criticaram-na C. FERRINI, DelIe servitú prediali, *II finIto Civile italiano* de E‟. FIORE, Parte V, 1, f573; N. GERMANO, *Trat tato delie Servitú,* V, 417). Se os comuneiros dos dois andares juntos em vertical mandam reparar, pintar ou polir o que entre eles fica, não podem cobrar aos outros as despesas, ainda que tivessem de concorrer para a reparação, pintura e polimento geral das partes de ligação.

§ 1.374. Despesas de uso ou exercício

1. OBRAS NOVAS. Salvo deliberação unânime dos comuneiros, a contribuição para as obras novas é segundo o valer dos apartamentos, embora o art. 8.º só se refira a obras de conservação. Diz o art. 10: “As obras que interessarem à estrutura integral do edifício ou ao seu serviço comum seria feitas com o concurso pecuniário de todos os proprietárias de apartamentos, mediante um orçamento prévio aprovado nos termos do artigo anterior, podendo delas ser encarregado o administrador a que se refere o art. 9S.~‟,. Nenhuma referiu-e-ia à quota das despesas; mas vem ela após o art. 9º, que estatui: “Anualmente, os proprietários de apartamento, votaria por maioria, a verba para as despesas comuns de consenção de edifício, concorrendo cada interessado, dentro do primeiro mês do trimestre, com a quota hue lhe tocar para o custeio de acordo com o valor de sua propriedade. As decisões da maioria em relação ao orçamento dessas despesas serão comunicadas aos interessados ausentes por meio de carta registrada e edital”. O argumento, que cabe, é *a. fortiori.* Se as despesas de conservação da coisa competem aos condôminos, na proporção dos valores dos apartamentos, com mais forte razão se têm de rege? por essa regra as despesas chamadas de uso ou de exercício

do direito. Todavia, a respeito de serviços, Um-se de distinguir as despesas de uso comum necessário e as de uso divisível.

2.SERVIÇO COMUM, Se o serviço é comum a todas e não se pode dividir, de modo a prescindir-se da contribuição de algum comuneiro, despesas de conservação e despesas de uso comum são despesas de todos em proporção. Se o serviço é comum a todos, mas pode ser dividido, como se o sexto andar não quer refrigeração, as despesas de conservação pertencem a todos, porém a desligação do refrigerador para o sexto andar exime-o das despesas de eletricidade.

Se o gasto é suscetível de mensuração parcial e já se instalou medidor para cada andar ou apartamento ou corpo de edifício, a despesa é conforme o gasto de cada andar, apartamento ou corpo de edifício.

Se a coisa não se destina, de modo algum, a servir a algum andar, apartamento, ou corpo de edifício, não se pode estender ao proprietário ou aos proprietários a dívida de uso ou exercicio, se bem que possam ter de concorrer para a conservação, se a instalação é parte comum do edifício.

3.ASCENSOR, ESCADA E TETO. As despesas de eletricidade, óleo e outros materiais que o uso do ascensor exige não pesam, *~o parte,* sabre os comuneiros do andar térreo; nem as passadeiras da escada, se bem que lhe pesem, *pro parte,* as passadeiras que vão até à escada. As medidas de conservação das paredes entre as quais corre o ascensor sao por conta de todos, inclusive os comuneiros do andar térreo. O teto do edifício, embora pareça que sé o é do último andar, é comum a todas, se expressamente não se deixou ao último andar, ou a algum andar intercalar, ou ao próprio andar térreo, caso em que ao dono exclusivo cabe toda conservação e responsabilidade pelas danos que de ato seu, positivo ou negativo, advenha aos outros condôminos.

As regras jurídicas ainda não escritas que concernem às despesas quotizáveis por *partes dominicae* ou partes no uso, são dispositivas. A unanimidade pode estabelecer a responsabilidade, diferentemente.

No art. 99 diz-se que para as despesas comuns de conservação do edifício concorre cada interessado, “com a quota que lhe tocar para o custeio, de acOrdo com o valor de sua propriedade”. Tal proporção só a unanimidade pode alterar, se bem que para se decidir quanto às despesas a serem feitas baste a maioria (art. 90, *,estia* “os proprietárias de apartamentos votarão, por maioria, a verba para as despesas comuns” e “decisões da maioria em relação ao orçamento dessas despesas»).

Se algum dos apartamentos, ou andares, é em usufruto, uso ou direito

real de habitação, o usufrutuário, usuário, ou

habitador é considerado em lugar do comuneiro, em tudo quanto concerne ao uso e à administração das partes comuns. A responsabilidade é direta, e não através do seu proprietário.

Quanto à mantença ou reparação da escada, se o vício não proveio do edifício mesmo, são por conta de todos os comuneiros que dela se servem, em proporção ao valores dos andares ou apartamentos. Para que fossem em proporção ao valor e em proporção à altura dos andares, seria preciso que houvesse regra jurídica escrita, o que, no sistema jurídico brasileiro, não há *(e.* g., no direito italiano, Código Civil, art. 1.124, alínea □

□a parte, "la

1 a, 2

spesa relativa é ripartita fra essi, per metá in ragione dei valore dei singoli piani o porzione di piano, e per l"altra metà in misura proporzionalle all"altezza di ciascun piano dai suolo"). Se algum comuneiro é dono exclusivo da adega subterrânea, ou da garagem, ou do terraço, a que o ascensor vai, ainda que poucas vêzes, tal parte é computada como devedora de quota. Tais regras jurídicas são derrogáveis pelos comuneiros, em deliberação unânime. Se foi adotada a proporção à altura não se entende incluído o andar térreo, de onde começa a escada (sem razão, F. FERRANTI, 11 Libro delia Proprietà *Commento ai nuovo Codice Civile italiano,* 634).

O teto interessa a todos; se a propriedade do último andar, ou de algum dos apartamentos vai até lá, ainda que não se situe no último andar, ao proprietário ou aos proprietários é que tocam as despesas, salvo se êle prova que a causa é geral ao edifício, ao tempo da construção, e não de conservação do teto.

Se há rés do chão, em que todos têm parte divisa, cada um responde pelo que à sua parte diz respeito. Se há parte indivisa, ou a divisão é somente por motivo de ordem (regulação do uso), as despesas são na proporção dos valores das partes indivisas do rés do chão. Se há algum gasto mensurável, que se haja distribuído pelos apartamentos, ou pelos andares, a medição é individual e cada um paga o que gastou.

A iluminação da escada é de considerar-se inclusa na conta da iluminação das outras partes indivisas, de modo que o comuneiro ou os comuneiros do andar térreo a pagam (O. BRANCA, E *lia Proprietá, 368)* ; não assim, o lustramento da escada e, em geral, o polimento (D.

IR. PERETTI-GRIVA, *II domínio di case divise,* 307). A escada compreende os degraus, o corrimão, as luzes em degraus, a pintura. Se sob a escada há vão térreo, ou por andar, que pertence a apartamento, os cuidados do uso são do proprietário; se, no andar térreo, é comum, os cuidados são por todos os comuneiros, inclusive o do andar térreo ou os do andar térreo.

§ 1.375. Regras de interpretação do negócio jurídico dos apartamentos
1.PRIVATIVO E COMUM. Há várias regras de interpretação do negócio jurídico que a experiência vem revelando no tocante aos edifícios de apartamentos.

(a)Tudo que haja no espaço discriminado como apartamento, ou que, embora fora dele, tem o seu número ou designação, se presume privativo.

(b)Tudo que se usa em comum se presume comum. *Na dúvida,* entre se é privativo, ou se é comum, presume-se comum, ainda que não se haja indicado o uso comum.

(c)Sempre que alguma parede, cobertura (lage reta, abóbada, etc.), ou outra superfície, tem esqueleto que sirva à estabilidade do edifício, o esqueleto é comum, o revestimento ou enchimento é de cada apartamento dentro do qual está.

2.REGIMES DIFERENTES. O que é diviso tem-se como submetido às regras das casas; o que indiviso, às regras do condomínio, ou da meação de peças. Há, ainda, paredes-meias, tetos-e-soalhos, soalhos-e-tetos, e muros-meios.

§ 1 376. Destinação da parte indivisa

1.TERRENO. O que é indiviso, nos edifícios de apartamentos, tem na sua indivisão a expressão mesma do seu destino de uso comum permanente. Por isso mesmo, ainda mais do que no. condomínio de coisa inteira, no condomínio de parte a destinação tem importância capital. Não se veja, porém, nessa maior relevância, traço distintivo: a destinação da casa inteira em condomínio também pode ter a mesma. O que confere significação mais forte à destinação é que ela está associada à desaparição da pretensão à partilha ou à divisão do edifício (Lei n. 5.481, de 25 de junho de 1928, art. 2.0: “O terreno em que assentem o edifício e suas instalações e o que lhe sirva a qualquer

dependência de fim proveitoso, e uso comum dos condôminos ou ocupantes, constituIrão coisa inalienável e indivisível de domínio de todos os proprietarios do prédio)“).

2. MÍNIMO DE TERRENO. Não exageremos, porém, o alcance da *indivisibilidade do terreno* que está por baixo do edifício e suas dependências de uso comum. Algumas leis de direito público fixam o mínimo que se exige de terreno a esses edifícios, ou em razão da altura, ou de outra circunstância, e não se poderia pensar em divisão que as violasse. O conceito de *mínimo de terreno,* nascido no direito público, passa a ser conteúdo de outro conceito, de direito privado. Pondo-se, *porém,* de parte essa hipótese, os comuneiros, donos *pro indiviso* do terreno, podem acordar, por unanimidade, em que se venda o que não atingir aquele mínimo, ou for excesso, em relação ao edifício, *como* podem *acordar* em demolir o edifício no todo ou em parte.

3.PARTES INTEGRANTES COMUNS. As partes integrantes comuns no edifício têm destinação específica ou geral; e delas já falamos.

§ 1.377. Partes integrantes, pertenças e usucapião

1. PossE E USUCAPIÃO. O que importa na usucapião *é* a posse com a vontade de ter a coisa como sua, ainda que de má fé. A lei apenas beneficia o justo titulo e a boa fé encurtando o prazo usucapitivo. O que não pode ser possuido não pode ser usucapido; porém nem tudo que pode ser possuido pode ser usucapido: (a) A posse da coisa como todo *não dá* a posse da parte integrante como coisa de per si; nem a posse da parte integrante como coisa de per si dá a posse do todo. Mais: *(b)* A posse da parte indivisa não dá a posse única do todo; posto *que a* posse do todo contenha a da parte indivisa.

2. USUCAPIÃO DO TODO. Se houve usucapião do todo, pretendeu-se que não revive a posse, nem a propriedade da parte integrante, se vier a re-separar-se e fazer-se de per si; e E. VON SAVIGNY *(Das Reeht des Besitzes,* 7,a ed., 804 e 308) admitia exceção para os materiais, invocando a L. 28, *§* 7, 13., *de rei vindicatione, 6,* 11, e a L. 7, *§* 11, D., *de adguirendo rerum dorn.in.io,* 41, 1. Mas isso foi posto de lado: o que há é a regra (a), de modo que, durante o tempo em que estêve integrando o todo, a parte continuou coisa de per si, se não ocorreu razão para aquisição pelo dono do todo. A usucapião de uma coisa

não se interrompe porque alguém a fêz parte integrante de outra coisa que êle possua; mas é interrompida se passa a ser parte integrante da coisa de outrem, *se cessa a posse.* Essa posse pode não cessar; *e.* g., se, tratando-se de terreno que B ligou ao seu, em que se construiu o edifício, A continuou a pagar impostos em separado, iniciou ação possessória, ou prosseguiu na defesa judicial da sua posse contra E, ou E, perante A, é procurador.

3.COMPOSSE. Na composse, cada compossuÍdor pode usucapir a parte indivisa; não a parte divisa, salvo se os com-possuidores transformaram a composse em posses únicas. O que está possuindo como compossuidor, sendo dono da coisa toda ou único dono da parte integrante *(e. g.,* possui como parte integrante do edifício ou do apartamento o saguão e o saguão é só seu), pode reivindicá-la, porém não usucapir como só sua.

O que possui como só sua a coisa ou a parte integrante, que no entanto é comum, pode usucapir a coisa ou a parte integrante, não a parte indivisa: para haver a essa, ou aquela, cabe reivindicação.

4.IJSUCAPIÁO DE PARTEs INTEGRANTES DO EDIFÍCIO. Não é verdade que se não possam adquirir por usucapião partes integrantes do edifício de apartamentos. Primeiro, se alguém compra a não-dômino o apartamento, sem do título constar o mesmo que consta dos títulos dos comuneiros e tem posse para usucapir, só adquire o que consta do título. Segundo, se alguém compra pedaço de terreno *que* é parte integrante do edifício e vem a usucapi-la, ninguém pode dizer que não usucapiu parte integrante que era comum. Terceiro, se, entre dois prédios de apartamentos, se perfizeram os pressupostos necessários para que o dono de um deles ou donos de um dos apartamentos usucapissem a varanda tornada comum ou a servidão de passagem, ou de luz, ou outra qualquer, logo se vê quantos erros cabem na proposição "admite-se usucapião de fração distinta do prédio pelo dono de outra ou terceiro; porém não das coisas comuns, isoladas", que, firmado em ANTONIO BUTERA, lançou CARLOS MAXIMILTANO *(Condominio,* 136).

A propriedade dos apartamentos (partes divisas + partes indivisas) pode ser usucapida, ainda que por outro comuneiro. Por outro lado, nada obsta a que alguém, terceiro, possua *ad usucapionem* parte material do terreno, ou parte *pro indiviso;* nem a que venha a usucapir um dos comuneiros, que excluiu a posse dos outros e começou de possuir *ad usucapionem.* O próprio possuidor comuneiro de má fé pode não ter tido titulo, ou tê-lo putativo e ser de boa fé, usucapindo o

apartamento, nos tempos do art. 550 ou do art. 551: então, não terá sido usucapião do apartamento pertencente a outro comuneiro, mas sim do terreno e acessões que ainda pertenciam ao dono do terreno.

5. CONDOMÍNIO E USUCAPIÃO. O próprio condômino do terreno, que não foi contemplado na edificação e ganha a ação proposta, é dono de parte do terreno e tem de ser contemplado ou têm os réus de lhe pagarem o valor de terreno que se incluiu naquele em que se construiu. Pode dar-se ainda que algum dos donos de apartamento, que não podia, pela escritura de incorporação, ou pela própria escritura do primeiro adquirente, usar do salão do andar de luxo, por haver cláusula expressa, o tenha adquirido por escritura que inclui essa parte indivisa de propriedade e de uso. Com o título e a boa fé esse comuneiro vai usucapir, com os dez anos, a *pars indivisa.* Ainda mais: se esse dono de apartamento, durante trinta anos, usou garagem comum, ou guarda-móveis comum, ou reservado comum, ou o salão do andar de luxo; ou o jardim da coberta, "sem interrupção, nem oposição", como tendo direito a isso, ainda que sem título e de má fé (Código Civil, art. 550), usucapiu a parte indivisa nessas partes integrantes que somente eram comuns aos outros comuneiros. esse dono de apartamento pode somar à sua posse a posse do seu antecessor, ou dos seus antecessores, como ocorre com as posses dos exemplos acima.

6. PERTENÇAS E USUCAPIÃO. As pertenças, desde que alguém as possui como próprias, podem ser usucapidas; o dono delas tem de defender a sua posse de dono contra o laço pertinencial, porque esse implica, desde o início, posse por outrem, se bem que não necessariamente posse de dono (mediata).

(Evitem-se, no assunto, as expressões "acessorio", "principal", etc., porque são de imprecisão técnica perigosa.) 7. CONCLUSÕES. De tudo o que se disse ressalta: a)Os princípios da usucapião não sofrem exceção nem eclipse quando está em causa parte integrante, divisa ou indivisa, do edifício de apartamentos.

Satisfeitos os pressupostos para usucapir, a aquisição ocorre.

b) O que pode ser possuído pode não ser usucapivel; mas o que não pode ser possuído não pode ser usucapido. O

que é possuído como parte integrante não pode ser usucapido como coisa isolada, ou pertença. O que é possuído como parte ideal não pode ser usucapido como parte divisa; nem, tão pouco, como todo.

c)O que é vedação de usucapião entre comuneiros, por faltar o pressuposto da boa fé, não procede quando se trata de posse por outrem.

Nem se pode excluir, quanto a comuneiros, a usucapião a despeito da má fé.

d)A posse do indiviso não se pode impor como posse do diviso, porém o possuidor, que possuía a parte indivisa, pode transformar a sua posse do indiviso em posse do diviso (execução da obrigação de dividir).

Nas relações com terceiros, a parte integrante, a pertença e o todo submetem-se às regras gerais sobre *posse.* O

terceiro pode possuir o terreno como todo, ou como parte integrante do edifício sem o considerar em comunhão *pro diviso.* Tais casos são raros; alguns talvez mesmo não ocorram. Porém não são, no plano jurídico, inconstruiveis. Posse de terreno, que se continuou de defender, a despeito da construção do edifício de apartamentos, já se tem visto; mais ainda, lutas judiciárias em tôrno da propriedade do terreno.

Nada obsta a que na mesma pessoa se cumulem titularidades diferentes: dono do terreno (ou possuidor com posse hábil à usucapião), dono (ou possuIdor) em luta judiciária com aquele que construiu no terreno como seu próprio, comuneiro de um ou mais apartamentos, ou sucessor de quem deixou o prédio como *todo,* ou parte indivisa *néle,* como *todo.*

Os princípios que regem a usucapião das coisas possuidas exclusivamente e os princípios concernentes à usucapião das coisas compossuídas, ou possuidas em partes divisas, largamente tratados no Tomo XI, são comuns à usucapião dos edifícios de apartamentos, dos terrenos e partes indivisas e das partes divisas nos edifícios de apartamentos. As causas de suspensão e interrupção do prazo para se usucapir são as mesmas.

CAPÍTULO III

VIDA DA COMUNHÃO “PRO DIVISO”

§ 1.378. Relações entre os comuneiros

1.VIZINHOS E CONDôMINOS. Assim como no condomínio, a comunhão *pro diviso* tem sua vida: desde o seu advento até a sua cessação ocorrem fatos que são a história parcial da coisa imóvel em que se operou comunhão *pro diviso.* Essa vida se inscreve na propriedade ou no uso. Os comuneiros, embora donos, e não condôminos, dos seus apartamentos ou casas, estão entre si em relações que resultam do condomínio do terreno e de outras dependências em porções indivisas do edifício. Dai ser pertinente dizer-se, como faz o art. **4O** da Lei n. 5.841, de 25 de junho de 1928: "O condomínio por meação de paredes, soalhos e tetos dos apartamentos, regular-se-á pelo disposto no Código Civil, no que lhes for aplicável". Tal situação de comunhão *pro indiviso* estabelece direitos e deveres de condôminos, como a situação de donos de apartamentos contíguos cria entre eles direito s e deveres de vizinhos. (Aliás, nas paredes-meias e muros-meios e teto-e-soalho, ou soalho-e-teto, não há condomínio; os princípios são os do Código Civil sobre paredes-meias.) O dono do apartamento pode dizer de outros donos de apartamentos que são seus vizinhos e ao mesmo tempo condôminos, porque, no que são vizinhos, não são condôminos, nem são condôminos no que são vizinhos: em verdade: a comunhão *pro diviso* não é comunhão *na* divisão; é divisão *mais* comunhão. A diferença entre os apartamentos de edifício *pro diviso* e as casas de moradia da mesma rua, contíguas, está, apenas, em que, nessas, há divisão *mais* "muito pouco" de comunhão.

2.PROPRIEDADE E ADMINISTRAÇÃO. Outras relações que podem surgir entre comuneiros, salvo quanto às *limitações* ao conteúdo do direito de propriedade, não resultam do direito das coisas, e sim da necessidade de se dispor sobre a administração da coisa comum. Também aí a lei especial bem pouco alterou ao direito civil comum do condomínio.

3.DESPESAS FEITAS PELO COMUNEIRO. Se o comuneiro *faz* despesas comuns e urgentes, pratica ato de gestão de negócios alheios e tem direito a reembôlso. Certamente, se há administrador, tem de ser avisado da urgência da despesa comum, e só se justifica o ato de gestão pelo comuneiro se o administrador não atende ou não pode atender. No Código Civil italiane art. 1.184, inseriu-se norma segundo a qual o comuneiro que faz despesas na coisa comum sem

consentimento (senza autorizzazione del‟amministratore o dell‟assemblea) não tem direito a reembôlso, salvo se se trata de despesa urgente. No direito brasileiro, a regra jurídica é implícita (cp. art.

625). Seria absurdo que se tratasse o estranho melhor que o comuneiro (cp. art. 1.340). Se a despesa comum não era urgente, mas era necessária, depende de ratificação pelo administrador, ou pela maioria (art. 1.348), ou o comuneiro só tem a ação de enriquecimento injustificado (art. 1.340, *verbis* “redunde em proveito do dono do negócio, ou da coisa”). A indenização não pode exceder o proveito produzido (art. 1.840, □

2 a parte, *iii. une)*. t

preciso que não se apaguem as diferenças entre as despesas necessárias e as necessárias e urgentes. A ingerência dos comuneiros na administração.; é prejudicial; mas é dono *pro parte* do indiviso e não poderia o sistema jurídico ser mais rigoroso para êle do que para os terceiros. Antes de fazer as despesas deve o comuneiro informar o administrador e, se há tempo, convocar a reúnião de comuneiros. Convenhamos em que há despesas que têm de ser imediatas e não se justificaria que se procurasse o administrador, se demoraria a providência, nem que se convocassem os comuneiros e se aguardasse a deliberação.

§ 1 379. Direitos e deveres dos comuneiros

1. DEVERES COMUNS AOS PROPRIETÁRIOS. Quem, na comunhão *pro divisa,* é o dono da parte (apartamento, casa, andar, peça), esta na mesma situação jurídica que os donos de edifícios inteiros, indivisos e sem subordinação a qualquer regulamento de comunhão. Tudo que a comunhão pro divisa lhe pode impor é *plus.*

A proximidade apenas se estende, às vêzes, a mais dimensões do que ocorre no tocante a duas casas apenas contíguas (paredes-meias, ao lado, no fundo) a) o apartamento do mesmo andar tem paredes-mtias com outro, ou outros, e talvez paredes-meias no fundo ou parte da frente; *b)* o apartamento de andares diferentes tem teto que é meio com o soalho do apartamento de cima e soalho que é meio com o teto do apartamento do andar de baixo, além das paredes--meias a) ; *e)* os apartamentos todos são providos pelos alicerces, vigas, pendurais, etc., elevadores, portas de saída do edifício; instalações e serviços de lixo, telefone, água, luz e gás em partes comuns.

2.CADA APARTAMENTO É UNIDADE. Em todo raciocínio quanto à propriedade dos apartamentos temos de partir de que eles, em si-mesmos, são objeto de domínio, e não de condomínio: não há, pelo fato só da comunhão *pro divisa,* qualquer ingerência de outrem. *Cada apartamento é unidade, determinada bem imóvel,* que é o *seu* número e o número do edifício na rua. *Res singularis.* Para o direito civil como para o direito fiscal, o direito penal e, até, o direito constitucional (Constituição de 1946, art. 141, *§* 15: "A casa é o asilo inviolável do indivíduo. Ninguém poderá nela penetrar à noite, sem consentimento do morador, a não ser para acudir a vítimas de crime ou desastre, nem durante o dia, fora dos casos e pela forma que a lei estabelecer"). Nas garantias ao direito de propriedade (Constituição de 1946, art. 141, *§* 16), o dono de cada apartamento, e não só o de todo um edifício, pode invocá-las.

8.PORÇÃO COMUM. O segundo princípio é o de que a porção *comum* no prédio é parte integrante de cada um dos apartamentos. Dá-se a figura da coisa *comum* integrante de coisa *não-comum.* A porta de entrada e saída do edifício, os elevadores, o esqueleto do edifício e outras porções comuns, como o terreno e os alicerces, são, pois, partes integrantes (comuns) essenciais de partes *divisas.* Na comunhão *pro divisa* em edifício de apartamentos de dois ou mais andares, a Lei n.5.481, de 25 de junho de 1928, art. 2.0, exprimiu essa idéia~ mas com o fito de separar a parte integrante essencial em terreno e as outras partes divisas e indivisas.

4.TERRENO. O terceiro princípio seria o da inalienabilidade em separado e indivisibilidade do terreno que fica por baixo do edifício e das suas instalações, bem como por baixo de qualquer dependência de fim proveitoso e uso comum. Tal principio pode ser estendido, a *priori,* quanto à inalienabilidade em separado, aos edifícios de dois andares ou de um só, embora resulte de lei especial, que é o art. 2.0 da Lei n. 5.481, somente relativa a edifícios de dois ou mais andares (Lei n. 285, de 5 de junho de 1948, art. 1.0). Qual é, pois, o terceiro princípio, referente a todas ou algumas das partes *comuns* essenciais dos edifícios de apartamentos?

Tem-se de ir muito mais longe muito mais ao fundo, digamos para se poder chegar ao plano em que teria sentido perguntar-se qual é esse princípio. Problema técnico que se apresentou ao legislador e para o qual há as seguintes soluções principais:

(a) No direito brasileiro, não há edifício sem terreno. Se o terreno é inalienável, o edifício também o é. Se o é o edifício, também o é o terreno.

(b)Se o edifício é alienável, o terreno é alienável; e vice-versa. Os apartamentos são alienáveis; portanto os terrenos sobre os quais se fazem edifícios de apartamentos são inalienáveis sem os edifícios e alienáveis com eles, depois da divisão jurídica, as partes indivisas são inalienáveis sem os apartamentos e alienáveis com éles.

(c)Quanto à indivisibilidade do terreno e do edifício de apartamentos de dois ou mais andares, é legal; porém os terrenos e edifícios de apartamentos de um só andar também são inalienáveis sem os apartamentos, e indivisíveis, se, a *posteriori,* o edifício como tal é indivisível.

§ 1.880. Assembléia dos comuneiros

1.CONCEITO. A assembléia dos comuneiros, como a dos condôminos, não é órgão, é pluralidade regulada, pela qual, com ato coletivo, se exprime a vontade dos comuneiros

para deliberar. Muito diferente é a assembléia das pessoas jurídicas, que é órgão. Para que a deliberação seja válida, é preciso que se observem as regras legais ou regulamentares de convocação, de *quorum* e de votação. Se não houve convocação, não houve assembléia; houve encontro acidental de comuneiros, que, em todo o caso, *sendo todos,* se podem dar por regularmente convocados. Se a exigência da convocação foi registrada, não: seria preciso registar-se, antes, tal deliberação unânime derrogatória. Se, na matéria, é possível deliberar por maioria, a deliberação há de ser respeitada, salvo se não houve convocação, ou não estava presente o número mínimo de.

comparecentes, que foi exigido no ato constitutivo ou no regulamento. Os juristas que vêem órgão na assembléia de comuneiros ou emprestam a comunhão de edifício de apartamentos personalidade jurídica, ou confundem a extensão do ato coletivo com o ato de órgão, que é apenas espécie daquela.

2.ATOS DE DISPOSIÇÃO. A assembléia não pode, por maioria, dispor do edifício, nem de partes indivisas. A disposição é individual. A alienação do edifício não seria possível sem ser a soma das alienações particulares: apartamento a e parte no indiviso, a começar pelo

terreno; apartamentos b e parte no indiviso, a começar pelo terreno; e assim por diante. Os negócios jurídicos são tantos quantos os apartamentos. Nem poderia a maioria alienar parte indivisa, como dez metros por dez metros no quintal do edifício. *Á fortiori,* o que é diviso (o apartamento, senso estrito). A assembléia tem de deliberar, por maioria, quanto a gestão das partes comuns e dos serviços comuns. As inovações que pode ser de deliberação da maioria são as inovações que apenas alteram o prédio sem atingir o edifício em sua unidade arquitetônica, estética e econômica. Por maioria é que se aprovam as contas do administrador. Por maioria é que se delibera quanto às lides com terceiro, ou contra Comuneiro.

8.DELIBERAÇÕES NULAS E ANULÁVEIS. Se a assembléia deliberar sem ter havido convocação em forma regular *(e. g.,* não foram convocados todos os comuneiros), a deliberação é nula; seria inexistente, se não tivesse havido qualquer convocação. Idem, se foi convocado absolutamente incapaz, ou pessoa que não representava o incapaz, ou se impossível ou ilícito o objeto da deliberação. A deliberação é anulável se o comuneiro que votou era relativamente incapaz, ou não teve, para o ato, o assentimento exigido de outrem, ou se houve erro, dolo, simulação, ou fraude contra credores.

4.DELIBERAÇÕES INEFICAZES. A ineficácia da deliberação pode resultar de ter a assembléia deliberado sobre matéria sobre a qual se lhe nega deliberar, na lei, ou no ato constitutivo, ou em de1iberação anterior unânime; *e.* g., locação do apartamento de A, venda de dez metros por dez metros do terreno do quintal ou do lado.

§ 1881. Regulamento do edifício

1.O QUE É. O regulamento do edifício de apartamentos é negócio jurídico plurilateral (não contrato!) em que se adotam regras de conduta futura dos comuneiros e da administração, resultantes de troca de manifestações concordantes de vontade. Por vêzes se inserem nos regulamentos enunciados que se reproduzem das leis ou dos atos constitutivos. Isso não dá mais forças a esses enunciados, nem os baixa de classificação como regras jurídicas aquelas e cláusulas contratuais de constituíção da comunhão *pro diviso* aqueles. Todas as proposições regulamentares devem ser tidas como resolução única em assunto comum; e são-lhes exigidas a convocação de todos os comuneiros e votação, por maioria, dos comuneiros. Todavia, é de exigir-se

unanimidade onde a matéria o impõe, ou os comuneiros quiseram que só deliberasse a unanimidade.

2.CRIAÇÃO DA PRATICA. A lei brasileira não cogitou do regulamento. É criação da prática de tais negócios jurídicos.

(a) A Lei francesa de 28 de junho de 1938, art. 2.0, previu o regulamento, que nós usávamos antes disso, "objeto de convenção geral ou compromisso *(sic)* de cada um dos interessados" (note-se a terminologia sem técnica juridica) nele, todas as estipulações devem ser tomadas por unanimidade, obrigam a todos e os sucessores, mas, quanto a adquirentes futuros e dos apartamentos, só após a transcrição no registro de hipotecas. É permitida a cláusula compromissória (art. 8.0, 2.8 e □

3 a alíneas). Na ausência de regulamento portanto, e

facultativo perante a Lei francesa de 1938 ou se êle nada dispõe, a administração compete ao sindicato que é obrigatório e "de pleno direito", representado pelo síndico, "tanto na qualidade de autor como de réu, até mesmo, quando necessário, contra algum dos comproprietários". É nomeado por maioria, ou, na falta, pelo presidente do tribunal civil (art. 10).

(b)Lei italiana n. 8, de 10 de janeiro de 1935 (Régio Decreto-lei n. 56, de 15 de janeiro de 1984), art. 27, conferiu a cada "participante a iniciativa para o regulamento ou para a revisão do existente". Nele hão de achar-se as normas a que devem obedecer os comuneiros, no uso das coisas comuns, no tocante a repartição de serviços e despesas comuns, segundo os direitos de cada um, e à administração do bem. Pode o regulamento estabelecer sanç&o não superior a cinqUenta liras se se trata de infração às normas concernentes ao uso das coisas comuns e aos atos que perturbem a tranquilidade dos comuneiros. O produto das multas é levado ao fundo comum de que trata o art. 17. A assembléia dos comuneiros reUnida com, pelo menos, dois terços do valor do edifício comum e pelo menos metade dos participantes, aprova-o por maioria (artigos 28 e 24). O texto é comunicado aos que não compareceram (náo intervenientes e não representados), com a advertência de que, na falta de oposição dentro de trinta dias, o regulamento se há de ter por definitivo. O discordante vai a juízo impugnar a parte de que discorda (art. 28, 1.~ parte, e 2~a alínea). No caso de duas ou mais impugnações, refinem-Se e decidem em sentença única (art. 28, g□a alínea). Tornado definitivo, é depositado, dentro de trinta dias na Associação Territorial da Propriedade Edilícia,

para conhecimento dos “interessados”. As modificações seguem as mesmas regras (art. 29).

As normas dele são obrigatérias para sucessores a título universal ou particular (ad. 30). Cf. Cód. Civil italiano, arts. 1.117-1.139.

À diferença do regulamento segundo o direito francês, o regulamento segundo a lei italiana (ad. 81) não pode alterar o que é matéria própria do titulo constitutivo, nem diminuir os direitos de cada um dos comuneiros que resultem dos atos de aquisição ou das convenções.

(e)O regulamento, segundo a lei brasileira, que dele não cogitou, somente pode tratar do *exerci cio* dos direitos dos

comuneiros quanto ao terreno e às partes comuns, da administração do edifício e terreno, do aluguer de alguma parte comum. Toda a matéria que se refira à alienação, gravame, restrição de poder e servidões é heterotópica e teria de obedecer aos seus princípios próprios. Quanto à administração, o artigo 8.0 da Lei n. 5.481 tem de ser analisado à parte. Há nele diferentes regras cuja natureza merece melhor estudo. Bem assim, nos arts. *9º* e 10º.

As regras que se contêm no regulamento tiram a sua cogência, dispositividade ou interpretatividade do fato de terem como conteúdo direitos, deveres, pretensões e ações que se criam negocialmente entre os comuneiros.

Porém tais regras ou concernem à disciplina dos atos desses e dos atos dos administradores, porteiros e mais pessoas que estão em relação jurídica com eles todos, ou cogitam das partes comuns ou das relações que podem surgir entre os donos das partes indivisas, ou pessoas que deles recebam posse não-própria ou serviço da posse.

A modalidade do uso comum e dos serviços comuns é mais ou menos preestabelecida pela natureza do uso ou do serviço comum. Outrossim, o que emana da proximidade do uso das partes divisas. Mas o regulamento dá-lhes expressão e torna como se fossem leis as regras que nele se inserem. A lei passa a frente, de modo que as regras reveladas ou queridas fora do que lhes permitiria a lei cogente ou dispositiva são ilegais.

O regulamento há de ser concebido em proposições que não possam ferir direitos dos comuneiros, quer oriundos da relação jurídica real, como proprietários dos apartamentos, ou andares, quer do ato constitutivo, quer de anteriores deliberações unânimes (se o regulamento foi feito pela maioria). Sempre que se explícita que a

regra foi de votação unânime e com ela se reduz, no que permite a lei, com eficácia real, o conteúdo do direito do comuneiro, não há ofensa a direito desse, se o ato, positivo ou negativo, cabe na regra unânime. Se a restrição não podia ser feita, é ofensivo o regulamento como a deliberação unânime o fora.

O regulamento deve ser registado; não há regra que do registro rescinda. Sem o registro, a eficácia é *propter rem,* porém não para terceiros (D. R. PERETTI-GRIVA, *II Coridominio di case divise,* 445; U. Gunx, *II Con4dominio,* 293; F. FERLêNTI, 11 Livro deila Proprietà, *Commento,* 602; sem razão, no própria direito italiano, A. Vísco, *Le Case in condominio,* 322, e G. ScÃnuTo, Livro deila Proprietà, *Codice Civile, Commentario* de M. D"A MELIO, 887).

O regulamento é negócio jurídico plurilateral, não é, porém, contrato. Feito pela unanimidade, não é ato coletivo; ato coletivo êle é, se apenas votado por maioria.

3.O QUE DEVE CONTER. Convém que o regulamento disponha sobre a) o uso dos portões, das portas de entrada, elevadores, ou latrinas, *comuns; o* uso de chaves e horas de abertura e fechamento; *e)* uso dos jardins, varandas, *halls,* átrios, calçadas internas, sótãos, adegas, piscinas, campos de jôgo, lavanderias, salões de ginástica, *comuns; d)* deveres de limpeza das coisas comuns próximas; *e)* uso de escadas de serviço, ou de salvamento; *)9* defesa contra fogo, inundações e vendavais; g) serviços de eletricidade e água comuns; li) uso do terreno e de quaisquer outras partes indivisas; *i)* lixo e desinfecção; *5)* defesa e ataque a ratos, baratas, mosquitos, outros animais e micróbios; *k)* uso de cães, gatos, galinhas, passarinhas e outros animais; *1)* uso de plantas; *m)* legitimação ativa e forma da convocação das assembléias de comuneiros; data e lugar ou lugares das reUniões das assembléias, *n)* submissão, ou sugestão, e proposta de mudança do regulamento; o) discriminação interpretativa do que depende de deliberação unânime e do que pode ser decidido por maioria; p) regra sobre o consumo da água ou exigência de registros individuais; q) regras sobre pontas de cigarros, fósforos, papéis, sujo de calçados e capachos, caixas de correio, telefones de mesa, campainhas, indicações de habitantes dos apartamentos; *r)* regras sobre portas de elevador e uso de chaves após certas horas; *s)* regras sobre portaria, jardineiros, limpeza de garagem comum, serviços privativos "comunizados", gorjetas; t) regras sobre escolha do administrador e sobre a administração; n) deveres e responsabilidade do administrador e função de administração; *ii)* deveres e

responsabilidade perante o administrador; *v)* adiantamento de fundos para as despesas comuns; x) regras para a execução das obras que interessem às partes comuns do edifício.

4.AQUISIÇÃO DO APARTAMENTO. Pelo fato de entrar no rol dos comuneiros do edifício, o que somente ocorre com a transcrição do título de aquisição, pois que se trata de eficácia *propter rem,* o adquirente do apartamento submete-se às regras do regulamento e às sanções nele edictadas contra os comuneiros, tanto quanto às do título constitutivo da comunhão *pro diviso;* mas é preciso que tenha sabido da sua existência. Adiante, *§*

1.884. Quanto às regras que somente teriam eficácia *erga omnes* ou real, se registradas, o registro é indispensável.

5.MOMENTO EM QUE SE HÁ DE FAZER O REGULAMENTO.

O *momento* em que se há de fazer o regulamento não foi previsto pela lei nem há regra a *priori* que o determine.

(a)Os incorporadores mais argutos e experimentados, diante das dificuldades de reUnir os comuneiros e lhes apanhar o acordo unânime sobre todas as regras regulamentares, tomam a iniciativa, como *futuros* comuneiros, se o são, ou como comuneiros, ou como simples gestores de negócios, ou mandatários diretos (se se muniram de poderes), ou indiretos, ou outra figura que *in casu* faça feição ao negócio jurídico, da elaboração do regulamento.

Ou o incluem nos pré-contratos, ou nos contratos definitivos, como parte integrante, ou obtêm, em escrito separado, a aprovação. Naturalmente, quando mais está em causa o negócio econômico da aquisição do que o jurídico, os futuros comuneiros são de mais fácil condescendência e menos exigentes: dão os poderes, anuem, assinam, aprovam.

(b)Se não se tomou esse caminho de prevenção, o momento propício é aquele em que, marcado o dia para as escrituras definitivas, todos os comuneiros estão presentes e podem assinar, por escritura pública ou particular, o regulamento elaborado por um deles, ou por alguns deles, ou pelo incorporador. Esse momento raro acontece, porque as escrituras definitivas nem sempre se fazem no mesmo dia.

(c)O incorporador pode convidar os comuneiros antes ou depois de assinarem as escrituras definitivas para se reunirem e adotarem o regulamento projetado, ou corrigirem o projeto aposentado, ou redigirem eles mesmos regulamento. Se no ato constitutivo, ou no pré-contrato, isto é, na promessa de compra~e~venda, foi atribuido ao incorporador tal direito ou foram atribuidos tal direito e tal dever, o convite tem de ser entendido como *convocação.* A sua eficácia é a mesma que teria a *convocaçaõ* pelo comuneiro para que a totalidade delibere sore assunto que requere unanimidade.

(d)Não se tendo feito e aprovado regulamento antes da assinatura das escrituras, ou na ocasião delas (incluído o momento seguinte, presentes todos os comuneiros), somente resta a cada comuneiro a pretensão a que se regulamente o uso comum da coisa. A lei não previu; porém as soluções que se têm de extrair hão de ser soluções do direito brasileiro, que teve a sua lei em 1928, antes de legislações européias que se inspiruam em princípios, usos e interesses peculiares aos respectivos países.

No direito brasileiro, nunca se pode dizer se o regulamento somente pode ser feito por unanimidade, ou se o pode ser por maioria dos comuneiros; porque o regulamento é composto de regras e há regras que só a unânime vontade dos comuneiros pode adotar e regras que podem se,r adotadas por maioria. Se o regulamento foi votado unânimemente, satisfez-se o pressuposto para aquelas e satisfez-se o pressuposto para essas. Daí não se tire que as regras qlu podiam ser incluidas por maioria e o foram por unanimidade ganhem em rigidez que imponha o requisito da unanimidade para serem derrogadas, ou abrogadas. O que a respeito pode estabelecer a unanimidade é outra regra, sobre-regulamentar, que faça pressuposto da derrogação ou abrogação a unanimidade; mas tal regra acima do regulamento tem de ser declaração expressa.

§ 1.382. Direito subjetivo e pretensão à regulamentação

1.CONVOCAÇÃO. Se o título constitutivo ou convenção unânime posterior confere aos comuneiros o direito subjetivo à regulamentação e a pretensão a que se faça o regulamento, é óbvio que se podem *convocar* os comuneiros para que deliberem, diante do projeto de regulamento, ou não, sob pena de se" tomar a não-comparência como anuência ao que a maioria dos comuneiros deliberar. A não-presença, ou o silêncio, e a retirada, depois de comparecer, são declarações de vontade mediatas ou indiretas, salvo se há protesto ou impugnação

que têm de ser apreciados pelo juiz.

Tal é o nosso direito.

Se o titulo constitutivo ou convenção posterior não tratou de tal direito ou pretensão dos comuneiros, não podemos, como fazem certos escritores, estar a colhêr, aqui e ali, passagens de leis estrangeiras, ou de comentadores de leis estrangeiras, para enxertar no direito brasileiro, anterior a elas, o contraditório e o multifário de tais leis.

2.DELIBERAÇÃO. Há, no direito brasileiro, a pretensão de cada comuneiro a que todos se reúnam para resolver sobre a administração ou locação do que é comum (art. ao Código Civil, arte. 628, 1, e 685; Lei n. 5.481, art. **4.0:**

"O condomínio por meação de paredes, soalhos e tetos dos apartamentos regular-se-á pelo disposto no Código Civil, no que lhe fOr aplicável"). Note-se que o elemento de comunhão *pra diviso* não entra aí em conta; está-se a exigir a deliberação sObre partes comuns *pra indiviso* (terreno e lugares do edifício). Não se precisa sair do campo do Código Civil, que ditou as regras sObre a comunhão pra *indiviso,* a que só a Lei n. 5.481, o Decreto-lei n. 5.234, de 8 de fevereiro de 1943, e a legislação sObre registro dos imóveis fizeram ligeiras alterações (Decreto n. 4.857, de 9 de novembro de 1989, arts. 178, e), IX, 249, *§* 1.0; Decreto n. 5.818, de 29 de fevereiro de 1940).

3.PRETENSÃO Á DELIBERAÇÃO EM COMUM. Essa pretensão à deliberação em comum não contém, necessariamente, a pretensão a que se elabore regulamento, isto é, corpo de regras adotadas para o uso comum do edifício, pequeno código interno ou consolidação. É preciso, primeiro, que a unanimidade resolva sObre esse ponto, ou que, eventualmente, algum ou alguns dos comuneiros, exercendo a pretensão à deliberação em comum, isto é, por todos, os convidem ou convoquem (dois graus diferentes de exercício) para se reUnirem a hora certa e em lugar certo e decidirem sobre a conveniência de se elaborar regulamento, ou de se deixarem os casos para serem resolvidos de per si, ou de se preferir o meio termo das *instruções* sObre certas matérias (elevadores, datas de eleição de administrador, pagamentos de impostos, etc.).

4.PRETENSÃO Ã ELABORAÇÃO E APROVAÇÃO DO REGULAMENTO. 2 Se foi decidido que se faça regulamento, as instruções que se votaram e as deliberações para cada caso, que antes se tomaram, prevalecem até que se aprove e se marque o dia de entrada em vigor

do regulamento. Porque foi decidido que se fizesse regulamento é que há, desde esse momento e segundo o que se adotou como forma, a *pretensão especifico. á elaboração e aprovação de regulamento.* É possível que na mesma ocasião se haja acordado, unânimemente, já se entende, sObre qual a comissão, ou qual o comuneiro, ou terceiro, advogado ou não, que redigiria o projeto e como seria submetido aos comuneiros, ou se seria preciso convocação para reunião de todos (assembléia dos comuneiros). Até mesmo os prazos pode dar-se que tenham sido marcados. Se assim não se procedeu, o que deseja provocar a feitura do regulamento tem de exercer a sua pretensão à elaboração e à aprovação do regulamento, conforme os princípios gerais. Ou convida, ou convoca. O convite, passa-se no plano das relações entre *gentlernen,* tem o valor que lhe conferem a educação, a boa fé, a finura e a honestidade das partes interessadas (convidante, ou convidantes, e convidados). A convocação é chamamento, c(convocação, é comunicação de vontade ligada ao exercício da elaboração e aprovação de decisões, instruções, vOzes contém declaração declaração de vontade éque se perfaz a *decisão* não tem essa eficácia. porém, ainda se contém pOsto que possa servir, prestação. Quando se diz

ou regulamento; exige recepção; às de vontade também recepticia, e essa uma das declarações de vontade com de feitura do regulamento. O convite É comunicação de vontade receptícia; projeto, não obriga, se não foi aceito, futuramente, de elemento para inter-que se "submete" a alguém o projeto, não se "propõe", apenas se sugere, se convida a opinar.

5.CONVITE E CONVocAÇÃO. Se o comuneiro ou os comuneiros (ou o próprio incorporador ou incorporadores) escrevem: "Sendo de conveniência dos interessados que se adote regulamento, convidamos o sr.

para a reUnião que marcamos para as tantas horas do dia tal dêste mês, a fim de assentarmos as bases do regulamento", houve convite, e não convocação; haja, ou não, da parte dos convidantes, pretensão à elaboração e aprovação de regulamento. Se, em vez disso, dizem: "Sendo de conveniência dos interessados que se adote regulamento, resolvemos, por maioria, convocar o senhor para a reUnião..., a fim de assentarmos as bases do regulamento", há convocação, e a não-comparência permite que se resolva por maioria tudo para que a lei não exige, cogentemente, unanimidade. Se os convocantes acrescentam: "Acompanha a presente o texto do projeto de

regulamento que nós convocantes elaboramos (ou A elaborou e nós aceitamos), mas desejamos que os outros comuneiros que o não quiserem aprovar façam as suas sugestões, até à reUnião marcada", a tal convocação está junta declaração de vontade receptícia, e a não-comparência ou silêncio ter-se-á como outra declaração de vontade. Cumpre apenas ob servar que, em falta de convenção a respeito, qualquer comuneiro pode convocar, se tem pretensão à elaboração e aprovação de regulamento, porém não a estabelecer como se há de entender a não-comparência ou o silêncio. A maioria, sim, uma vez que tenha aquela pretensão.

6. OFERTA E CONSULTA. Se o comuneiro ou os comuneiros convocantes juntam à convocação o texto do projeto de regulamento, cumpre distinguir se o faz a título de sugestão ou se a título de proposta (oferta). É

sempre oferta se acrescenta que se terá como aceito o projeto pelos que não comparecerem, se a maioria o aprovar na reUnião. Aí, não há só a convocação, que é comunicação de vontade para que se relinam, com as conseqüências que *in casu* se produzirem; há a convocação e a proposta, declaração de vontade *recepticia,* de modo que a aprovação do texto apenas depende do consentimento dos outros comuneiros. Nada obsta a que, sObre alguns pontos, se não exija que a não-comparência ou silêncio valha aceitação; ou que sObre certos artigos se solicite apenas a opinião a título de consulta. Em tais casos, o policitante pode vincular-se, ou não se vincular.

Só se vincula se o texto da convocação e o da declaração deixam ver que se quis vincular.

~ 1.383. Restrições ao conteúdo do direito de propriedade

1.RECISTÁVEL E IRREGISTÁVEL. Há algumas "regras" que se costumam inserir nos regulamentos e podem trazer embaraços, ou porque não é o regulamento forma adequada a elas ou ao registro, ou porque registá-los seria registar o registável *mais* o irregistável. Já vimos (Tomo XI) a importância desse conceito de registabilidade.

Aos comuneiros é permitido, no ato constitutivo, ou em deliberação posterior, unânime, que deve ser registrada por atingir o conteúdo dos direitos reais, o estabelecimento de regras sObre vizinhança, mais rigorosas que aquelas que constam da lei (arts. 554-588; Lei n. 5.481, art. 11). Os direitos de vizinhança e os deveres de vizinhança, que dai

surgem, são irradiações do negócio jurídico plurilateral, e não direito e deveres *ex lege.* A unanimidade pode distratar o negócio jurídico. As restrições ao uso do próprio apartamento e das demais partes divisas são permitidas na mesma extensão em que o seriam entre dois ou mais vizinhos da rua ou dos fundos, porém, pelo fato de ser mais íntima a comunhão nos edifícios de apartamentos, podem ser previstas situações que não se apontariam entre vizinhos da rua, ou dos fundos. Aliás, algumas restrições derivam da estrutura e da destinação do prédio. Os comuneiros não podem transformar em casa de comércio o andar térreo ou outro andar de edifício residencial de luxo, ainda que tal restrição não tenha constado do ato constitutivo, ou não tenha sido objeto de deliberação unânime posterior e ainda que não se altere a estrutura do prédio. A transformação da residência, ainda que parcialmente, em casa de tolerância, é vedada, ainda que não conste do ato constitutivo, ou de deliberação unânime posterior. O que é, por lei, vedado aos vizinhos de prédios também o é aos comuneiros. O

que ofenderia a unidade senhorial, estética, ou de destino do prédio de apartamentos, é vedado. Vedado é, por exemplo, o ter pássaros ou outros animais na varanda, ou estender roupas, de jeito que o aspecto exterior fique comprometido pelos detritos de comida que caem, ou por excrementos, ou pela simples vista do edifício..

Quanto às restrições negociais, essas dependem do que se declarou em termos gerais, ou especificadamente. Nada obsta a que a unanimidade proiba cães nos apartamentos, ou gatos, ou outros animais, ou estabeleça que o portão se feche às nove horas; ou que o portão seja sempre fechado, salvo nas horas de limpeza do vestíbulo; ou que se acendam fogos de artifício, ainda que próprios a salão; ou que tenham chave do edifício outras pessoas que aquelas que habitam o prédio, conforme a lista aprovada pela assembléia dos comuneiros por maioria; ou que precise de aviso prévio ou imediato a permanência de qualquer pessoa no prédio após meia noite; ou que pessoas que vêm das praias entrem pelo portão principal e usem o ascensor social; ou que os empregados do serviço dos apartamentos tenham chave do prédio.

2.DESTINAÇÃO E SERVIDÃO. A destinação das coisas comuns é destinação que cabe nos regulamentos e convenções posteriores; a destinação do apartamento é restrição ao conteúdo do direito de propriedade da parte divisa, que ou reitera a destinação feita antes, no título constitutivo ou convenção posterior, ou altera o registro e tem de ser averbada (Decreto *ir* 4.857, art. 286). Melhor será que se faça por ato separado, ainda que se reproduza no regulamento com a

indicação das datas do ato e da averbação.

Por outro lado, a proibição de certas indústrias, ou comércio, ou é *bis in idem* com a lei, seja o Código Civil, seja a Lei n. 5.481, art 11, ou é restrição de poder, que somente tem eficácia depois de averbada.

Mas, se a restrição hão é *destinação* do prédio, ou alteração da destinação, e sim *servidão,* isto é, restrição de algum apartamento, ou de alguns apartamentos, a favor de outros ou outros, então tem de ser constituída segundo os seus princípios e *inscrita* (Decreto n. 4.857, art. 250: "Estarão sujeitos à inscrição no livro 4 o usufruto, o uso e a habitação, salvo quando resultarem de direito de família, a constituição de rendas vinculadas a imóveis, por disposição de última vontade, e as servidões mesmo aparentes"; Decreto n. 5.818, de 29 de fevereiro de 1940, art.

2.0).

Vê-se bem do exposto quanto importa distinguir *destinação* e *servidão.* Convém ainda observar que a passagem de peça, ou parte de peça de um apartamento, a outro, *ou* compõe a entrega de posse, com ou sem negócio obrigacional (aluguer, comodato, etc.) à sua base, *ou* a entrega da posse e da propriedade, o que exige *transcrição.*

Se o prédio tem em algum andar apartamento já destinado a uso diferente (loja de fazendas, barbearia, mercearia, casa de chá, bar, restaurante, ou o que seja), a exclusão de algum dos usos previsíveis é mudança de destinação, e não servidão. Se, porém, o edifício tem dois elevadores de frente, e algum dos andares ou apartamentos se obriga a não usar um deles, sem ser~ em virtude de distribuição equitativa de serviço e espaço, há servidão; bem assim se algum dos andares ou apartamentos obtém que os seus habitantes usem os dois elevadores, a despeito da distribuição por pares e ímpares.

3.DIREITOS DE VIZINHANÇA E RESTRIÇÕES. Direitos de vizinhança são limitações não restrições ao conteúdo do direito de propriedade. Algumas vêzes, os comuneiros entendem ser de bom alvitre explicitá-los: vale o mesmo miUdar o que eles contêm e inserir nos regulamentos regras do Código Civil ou da Lei n. 5.481, art. 11, *c), d)* e *e).* Tais direitos são reais, não-isolados. Se, porém, o que se proibe não se subsume nas vedações legais, não há pensar-se em limitação ao conteúdo do direito de propriedade. Há restrição, e ao exercício do direito de propriedade, não ao conteúdo. Tudo se passa no plano do direito das obrigações, ou como dever de membro de comunhão, ou

como explicitação do que se há de entender por abuso do direito. Essa restrição pode ser irregistável. Mas há *restrições* registáveis. São exemplos: *a)* a determinação das horas em que se devem parar os rádios, ou as vitrolas, ou não possa haver estudo de canto ou de música; *b)* a fixação dos horários de limpeza de *haila* de andares, ou de saletas de elevadores; *c)* a proibição de jogos que façam ruido, como o bilhar, depois de certa hora da noite; *d)* a vedação de alojamento de doentes que tenham, pela cronicidade do mal, de perturbar o silêncio com gritos, ou tosses fortes; *e)* a regulamentação de estacionamento nas portas dos elevadores; *1)* a submissão dos novos habitantes de cada apartamento à lista guardada na portaria; *g)* a exigência de serem registradas na portaria as armas de cada apartamento; *h)* a necessidade de comunica *ção* à portaria quanto à permanência de qualquer pessoa estranha no edifício depois de meia-noite ou para dormir; *i)* fixação de maximo de habitantes.

4.DIREITO DE PREFERÊNCIA E DIREITO DE oz"ção. Direito de preferência é o que se cria a favor de alguém, no caso de venda do apartamento, em igualdade de termos da oferta. O de preempção, ou preferência, de que trata o Código Civil, arts. 1.149- 1.157, é a favor do vendedor do apartamento, não se pode ceder, nem é, sequer, hereditário (art. 1.157). Não se pode pensar nele no regulamento, pois nesse não figuram vendedores.

Quanto aos *direitos de opção* ou *empção* e de *preferência a comuneiros,* que são direitos formativos geradores *(begrilúdende GestaUungsrechte),* a inclusão deles no regulamento tem valor de direito pessoal, e não de direito real. Nem se confundem com a promessa de compra-e-venda ou de venda, que há de ser inscrita (Decreto n.

4.857, art. 253: "Será inscrita no livro 4, para a validade" leia-se: eficácia! "quer entre as partes contratantes, quer em relação a terceiros, e com os mesmos requisitos do art. 247, a promessa de venda do imóvel não-loteado") porque essa não é direito formativo gerador. A respeito, os nossos *Comentários ao Código de Processo Civil,* sob o art. 1.006, *§* 2.0.

Diz o Código de Processo Civil, art. aia: "Alienada a coisa, terá o preferente ação para exigi-la de terceiro que a houver adquirido, ou para reclamar a indenização correspondente".

O art. 313 não estabeleceu alternatividade de pretensão da prejudicado no seu direito de preferência (exigir a coisa ao terceiro *ou* pedir ao alienante perdas e danos) ; apenas figurou o caso de ser direito real o de preferir (Código Civil, arts. 685, 1.189, 2.~ parte), ou

de ser pessoal (art. 1.156). A primeira proposição é inútil, porque repete, apenas, o direito material, sem ter estabelecido, como fora de esperar-se, a forma do proce?so para a ação de reivindicação dos arts. 685 e 1.189 do Código Civil. A segunda não o é menos. A interpretação que atribui ao art. 318 ter *elevado* os direitos pessoais de preferência, tal como se criam no direito material, à categoria de direitos reais, aberra dos princípios, porque a reivindicação não é efeito colável aos efeitos materiais, pela lei processual:

é sanção de direito material que se exerce *erga omnes,* contra os efeitos do negócio jurídico que o violou. Aquela interpretação (ATUARA VIANA, *Ações Especiais,* 43; JORGE AMERICANO, *Código,* II, 117), não vale, ainda para se dizer que o legislador processual não podia fazê-lo (J. M. CARvALHo SANTOS, *Código,* IV, 289). O legislador podia fazê-lo; aRenas, legislador processual, não devemos, ainda na dúvida, entender que redigiu regras de direito material: temos de supor que não as formulou, salvo se são expressas.

Nesse momento, seria legislador de direito material, e não processual, como ocorre noutras regras do Código de Processo Civil.

A preferência entre comuneiros tem de ser conforme o valor maior ou menor dos quinhões, ou segundo outro critério, inclusive a sorte.

5.FRACIONAMENTO DOS APARTAMENTOS. No regulamento é possível vedar-se o fracionamento dos apartamentos, se o não previu o ato constitutivo. A Lei n. 5.481, art. 11, *d),* veda a qualquer proprietário de apartamento, "mudar a distribuição interna dos compartimentos", isto é, as suas paredes dentro do edifício, porém só nas partes comuns (não nas interiores ao apartamento). Isso não implica a indivisibilidade do apartamento, se êle tem seis ou mais peças. Razão por que convém preveni-lo no ato constitutivo ou no regulamento. Tal vedação precisa ser em escritura pública para que se averbe no registro. ~ registável, porque atinge o registro já feito (arts.

285 e 286).

6.SEGURO. Diz a Lei n. 5.481, art. 6.0: "Se não for preferido o seguro em comum, cada proprietário de apartamento segurá-lo-á obrigatóriamente contra incêndio, terremoto, ciclone, ou acidente físico, que o destrua em todo ou em parte". Se não for preferido em texto do ato constitutivo ou em convenção unânime posterior, inclusive o regulamento. Pode esse fazer obrigatóriamente em comum o seguro, escolher um dos comuneiros para que o pague, ou atribuir

tal missão ao administrador do edifício. Não há, aí, restrição ao conteúdo do direito de propriedade; porém a Lei n. 5.481 fêz do seguro dever real e direito real dos outros, não-autônomo, não-registável, mas, se no contrato de compra-e-venda havia a cláusula de ser seguro em separado, e se faz obrigatório em comum, é registável a mudança por averbação (Decreto n. 4.857, artigos 247, inciso 11, 285 e 286).

7.ALIENAÇÃO. A cláusula de somente poder ser alienado o apartamento a pessoa cujo nome obtenha aprovação dos outros comuneiros, ou de alguns deles, ou de um deles, é ilícita; porém vale a que não permita que se venda ou alugue a quem tenha sido condenado por algum crime de morte ou infamante, sem anuência dos demais condôminos, por ofender à destinação do edifício. Os vizinhos são obrigados a proceder conforme essa destinação.

8.EXAME DE ALGUMAS CLÁUSULAS. Não valem as cláusulas: *a)* que isentem algum comuneiro de concorrer para as despesas comuns, exceto quando não é comuneiro dessa parte indivisa *(e.* g., o elevador entre andares nenhum dos quais é o seu) ; *b)* que vedem benfeitorias ou melhoramentos futuros; *o)* que proibam alienação ou constituição de direitos reais, exceto servidões a outros edifícios; *d)* que restrinjam poderes de fiscalização e tomada de contas da administração; *e)* que digam ser alienável o terreno necessário ao edifício e suas dependências, sem o respectivo apartamento ou partes indivisas no edifício (tais cláusulas são inexistentes, devido à inalienabilidade por força de lei) ; 1") que fixarem o número máximo ou mínimo de pessoas que hão de freqUentar cada apartamento, ou das que podem penetrar, diàriamente, nos elevadores, ou determinarem preferência yor apartamentos; g) que preestabelecerem quando há de ser destruído o edifício, ou vendido por inteiro, ou quando há de cessar a comunhão *pro diviso; h)* que negarem aos comuneiros a faculdade de decidirem quanto à volta, ou estabelecimento da comunhão *pro indiviso,* em vez da comunhão *pro diviso; i)* que fizerem extinta a comunhão pelo fato da concentração de todos os apartamentos nas mãos de um só dos comuneiros (pois faltaria interesse aos comuneiros de agora para que tal conseqüência se produzisse no futuro; *5)* que permitirem a fiscalização do interior dos apartamentos por outro ou outros comuneiros, ou pelo administrador; *k)* que exijam determinada côr ou a proibam às cortinas ou móveis do interior dos apartamentos. Mas valem: *a)* as que vedam flôres ou plantas decorativas no exterior dos apartamentos, ainda que nos terraços (é válida a que as proiba nos peitoris das janelas ou das sacadas) ; *b)* que exijam fôlha corrida aos

empregados comuns; *c)* que não admitam aluguer de apartamento por menos de ano, ou de mais, ou de apartamento, mobiliado ou não, a pessoa que alugue quartos, ou que os alugue o próprio dono do apartamento; *d)* que vedem aproveitamento do andar térreo em determinado comércio, ou a qualquer comércio.

§ 1.384. Eficácia do regulamento

1. NEGÓCIO JURÍDICO. O regulamento, as instruções e as deliberações esparsas sobre o uso comum obrigam aos comuneiros. Assumem o risco de não-observância se os violam enquanto não decretada a anulação. São atos jurídicos entre comuneiros, suscetíveis de nulidades, que podem ser alegadas por interessado ou pelo Ministério Público, quando lhe caiba intervir, e devem ser pronunciadas de ofício pelo juiz quando conhecer do ato ou dos seus efeitos e as encontrar provadas (Código Civil, arts. 145, 146 e parágrafo único).

São causa de anulabilidade do regulamento, das instruções ou deliberações esparsas sobre o uso comum, além da *incapacidade relativa* do agente (arts. 6.0,. 147, 1, e 154), o *erro,* o *dolo,* a *coação* ou *violência, a simulação* e a *fraude* (arts. 147, 1, 86-113). A ratificação, em tais casos, é possível, segundo os princípios (arts. 148-151) e opera *ex tunc* (art. 148, 23 alínea). Se algum dos comuneiros, ciente do vicio do regulamento, das instruções, ou da deliberação, atendeu ao que eles continham, tem-se como ratificado (art. 150). Pode, em todo o caso, cumpri-los *sob protesto* ou *ressalva.*

Se só uma parte do regulamento, ou das instruções, ou da deliberação, é nula, ou anulável, não se contagia ao resto a nulidade ou a anulabilidade, se separável a parte atingida (Código Civil, art. 158).

Oadministrador pode constranger o proprietário de apartamento ou do andar a respeitar o regulamento, se ocorre violação ou ameaça de violação. Ê do interesse de todos os comuneiros que as regras regulamentares sejam observadas. Há ofensa aos outros comuneiros, em matéria que se deixou aos cuidados do administrador, em qualquer ato que infrinja o regulamento. Da ofensa pode resultar dano, nascendo ao comuneiro lesado ação de indenização por ato ilícito relativo, prescritível segundo o art. 178, *§* 10, IX, ou no prazo ordinário, conforme a espécie do dano (Tomo VI, *§* 715). Se a infração foi cometida pelos comuneiros retinidos em assembléia, *e. g.,* em deliberação contrária ao regulamento, a deliberação é anulável, por se

tratar de infração de regulamento, não se tendo estabelecido sanção de nulidade (Tomo 1, *§* 90, 3; 4). No direito brasileiro, qualquer comuneiro dissidente é interessado em que se não aplique reforma de regulamento ou deliberação contrária ao regulamento, ainda que, *in casu,* somente haja causado dano a outro: a deliberação é tratada como simplesmente anulável, o que torna limitada aos interessados a legitimação ativa (art. 152, alínea 23). A ação pode ser proposta pelos proprietários dissidentes, excluidos os assentintes, porque se *criaram* dever de exigir o cumprimento e teriam de promover a revogação da deliberação contrária ao regulamento. Dever de respeito também têm os outros. Até que se lhe decrete a anulação, a deliberação tem de ser respeitada. Se não se propõe a ação, não se há de entender que aderiram a ela os dissidentes; posto que a adesão possa dar-se se expressamente feita declaração nesse sentido. Se o dever de observar somente se desfaz com a decretação de anulação, não se compreende que o respeito da deliberação anulável signifique, de si só, ratificação. A adesão pode construir-se como renúncia a ação de anulação da deliberação; ou como ratificatória, o que dá no mesmo. Todavia, teôricamente, quem declara à assembléia que passou a estar de acordo com a deliberação, contra a qual votara, se *criou* dever de fazer respeitar o regulamento, ao passo que a adesão fora da assembléia é apenas ratificatória.

Se, no deliberar, a assembléia deixa de observar regra de forma, que a *lei* exigiu (art. 145, III), ou deixa de atender a regra de lei sobre requisitos intrínsecos (art. 145, IV; veja Tomo IV, *§* 403), a sanção é a de nulidade.

2.DIREITOS ORIUNDOS DO REGULAMENTO. O regulamento é irregistável no registro de imóveis; não confere qualquer direito real aos que sejam beneficiados por suas regras. Quando altere o registro, quer em relação aos apartamentos, ou ao edifício, ou às pessoas que nele figurem, e feito por todos os condôminos, é registável essa parte do regulamento, que é heterotópica. Pode ser averbado o que diga respeito a clausulação da inalienabilidade de parte do terreno comum ou de parte comum do edifício (Decreto n. 4.857, arts. 283, III, 284, 288 e 289), ou a qualquer outra clausulação, à reconstrução, à edificação, ao desmembramento (peça de apartamento que passa a ser comum, ou vice-versa), à demolição, à sub-rogação e outras ocorrencias semelhantes (Decreto n. 4.857, arts. 285 e 286).

Os direitos oriundos do regulamento são pessoais, e não reais; e a inserção dele no registro de títulos e documentos tem apenas a eficácia que resulta do Decreto n. 4.857, art. 134 (“No registro de

títulos e documentos serão feitas: *a.)* a transcrição:

1 dos instrumentos particulares, para a prova das obrigações convencionais de qualquer valor, bem como da cessão de crédito e de outros direitos, por eles criados, para valer contra terceiros, e do pagamento com subrogação...").

Antes do registro, as deliberações unânimes, que teriam eficácia real se registradas, têm eficácia pessoal, e as que, registradas, teriam eficácia *erga omites,* têm-na só entre os que figuraram ou delas tiveram conhecimento.

3.REGULAMENTO NÃO GERA DIREITOS REAIS. A afirmação de que o regulamento gera direitos reais, que escapou a CaLos MAXIMILIANO *(Condomínio,* 241), é sem qualquer apoio em lei. Se alguma restrição ao conteúdo do direito de propriedade se fizer, terá de obedecer aos princípios próprios, inclusive quanto à transcrição, inscrição ou averbação mediante documento hábil. Se o regulamento mesmo fala de servidão, só se há de entender regulamentação do *exercido* no plano do direito das obrigações e não restrição ao *conteúdo* do direito de propriedade. A lei italiana chegou mesmo a proibir que se inserissem tais restrições (Lei italiana n. 8, de 10 de janeiro de 1935, art. 31), de modo que, ainda no direito italiano, a opinião do escritor brasileiro seria insustentável.

4. CLÁUSULAS HETEROTÓPICÁS. O regulamento não é lugar próprio para nele se porem cláusulas que restrinjam OU modifiquem ou eliminem a propriedade, ou o uso das partes divisas. O que nele há de estar é o que regule o uso das partes indivisas. Não é possível, conforme fora de esperar-se, e a experiência tem mostrado não ser possível impedir-se que os comuneiros insiram no regulamento cláusulas que atinjam o conteúdo do direito de propriedade e o uso das partes divisas. O art. 11, e), cl) e *e),* fêz legais algumas restrições (estabelecer enfermarias, oficinas, laboratórios ou instalações perigosas ou que produzam ruído incômodo; embaraçar o uso dos corredores e caminhos internos ou lançar-lhes detritos, águas ou impurezas, o que mais se refere às partes indivisas que ao uso das partes divisas; o emprêgo de qualquer processo de aquecimento suscetível de ameaçar a segurança do edifício ou prejudicar-lhe a higiene e a limpeza) ; as outras restrições, salvo analogia, têm de ser feitas em deliberação unânime, que, inserta no regulamento, não perde a sua característica e exige registro para obter eficácia real. O intérprete, como o legislador, tem três soluções diante de si: a) ou

considera matéria imprópria de regulamento a deliberação e nega-lhe a validade ou eficácia como regra regulamentar, reputando que a inserção somente se poderia dar após a formalidade registária; ou b) acha que até certo ponto se deve permitir que o uso das partes divisas seja regulamentado; ou e) admite que é heterotópica a inserção no regulamento, mas, a despeito de não ter de ser registado, necessariamente, o regulamento, reconhece que se tornou registável devido à inserção da cláusula registável no registro de imóveis, que lhe confere publicidade no todo sem que lhe confira eficácia real no tocante às cláusulas que não são registáveis. Aa duas primeiras soluções, a) e

são de repelir-se. A publicidade do que é só obrigacional nos acordos faz-se, de ordinário, no registro de títulos e documentos, e não há negar-se que se pode aí registar o regulamento, se se quer eficácia contra terceiros; todavia, não se pode sacrificar às cláusulas irregistáveis no registro de imóveis a cláusula registável, heterotôpicamente incluída no regulamento. Pelo fato de se tratar de imóvel e quando seja necessário ao terceiro certificar-se quanto ao registro imobiliário, não seria de admitir-se que o terceiro, que precisa certificar-se do mais, não fique ciente do que circunda a cláusula registável. O registro do imóvel também publica para os que a Ole têm de ir.

Quando se restringe o uso comum das partes indivisas de aberto modo se impõe ao uso das partes divisas certa restrição; aí, a restrição é conseqUencial e não precisa de outra eficácia que a da cláusula restritiva do uso comum da parte indivisa. Também as restrições ao uso da parte divisa, constantes do registro, atingem, por vOzes, o uso das partes indivisas.

O comuneiro é responsável pelo dano que cause o locatário, ou qualquer possuidor a título obrigacional.

Tratando-se de possuidor a título real, responsável é esse, usufrutuário, usuário, habitador, credor anticrético que habita o apartamento. (O comuneiro, é evidente, não pode locar parte indivisa, nem dar o uso *pro parte* a terceiro.

A decisão da Suprema COrte italiana, a 13 de agôsto de 1945, foi absurda, a despeito da atitude de L. SALIS, *La Comunione,* 109 s., e *Ii Condominão rtegli edil ici,* 44, nota 3. No direito brasileiro, tal solução se chocaria com o art. 633, que é invocável em matéria de partes indivisas de apartamento.) As cláusulas heterotópicas de regra configuram servidões. Se há utilidade para outro comuneiro, ou para

alguns comuneiros, ou para os comuneiros que têm os outros apartamentos ou partes divisas em admitir um deles que se crie Onus a seu apartamento ou parte divisa, a servidão está estabelecida, ou tratando-se de restrição imposta a todos restrição ao uso da parte divisa, em fixação de regra sobre relação de vizinhança ou servidão recíproca. De um lado, há aumento de valor ou da utilidade; do outro, diminuição de valor ou da utilizabilide. Tal o que ocorre com as proibições de garagens, tipografias, máquinas barulhentas, escola de música ou de canto, salão de baile, repartições muito frequentadas, barbearias, peixarias. N~ há regra jurídica que impeça ao comuneiro de constituir servidão contra o seu apartamento ou alguma parte divisa (sem razão, A BUTERA, *Ii Codice civile comenta.to,* 336). As restrições ao uso podem não constituir servidão; todavia, éraríssimo que o não possam. Todavia, o registro do art. 285 do Decreto n. 4.857, de 9 de novembro de 1939

(Decreto n. 370, de 2 de maio de 1890, art. 75; Decreto n. 18.542, de 24 de dezembro de 1928, art. 270), é eficaz; se bem que haja conveniência na averbação de que fala o art. 285 e na inscrição do art. 178, a), X, do Decreto n.

4.857, se não aparente a servidão. Aliás, a averbação do art. 285 do Decreto n. 4.857 *constitui* a servidão não-aparente, porque é registro (cp. Código Civil, art. 697) e a referência da lei civil, que aludira à "transcrição", foi, apenas, ao registro, e ainda não havia a legislação especial sObre edifícios de apartamentos. Quanto aos edifícios de apartamentos, nas relações internas, a averbação basta para a constituição da servidão não-aparente.

São deveres e obrigações *ob rem* todas as restrições que se façam os comuneiros sem que se enquadrem no art.

695, *verbis* "perde o proprietário do prédio serviente o exercício de algum de seus direitos dominicais, ou fica obrigado a tolerar que dele se utilize, para certo fim, o dono do prédio serviente"). Tais são as restrições de vizinhança, negociais, a que nos ref e-ríramos. *E.* g.: não-uso do médio após as x horas, ou durante tais e tais horas, aviso prévio de dez dias quanto a festas que tenha de dar, não ter animais domésticos. Basta a averbação para que a restrição tenha eficácia real. Quem adquiriu o apartamento, conhecendo a restrição não registrada, ou sendo notificado dela, prêviamente, sofre a eficácia contra terceiros.

A razão para se não precisar de inserir no regulamento o que atinge o conteúdo do direito de propriedade é que, se é certo que no

regulamento há de estar quanto seja necessário que o administrador conheça, as cláusulas de que falamos são de eficácia real, devido ao registro, e o administrador há de conhecê-las. Isso não afasta que haja conveniência prática em que se reproduzam no iregulamento como se reproduzem textos de lei, úteis ao administrador. Tal inserção *utilitatis causa* não reduz a ponto regulamentar a cláusula restritiva, nem lhe confere o regulamento eficácia a mais. Ainda quando o regulaimento é averbado, por conter cláusula registável, a sua publicação é sem eficácia real, *salvo onde há cláusula registável.*

5.CLÁUSULAS RESTRITIVAS DO USO COMUM. Além das restrições ao conteúdo do direito de propriedade e ao uso das partes divisas, há as restrições à compropriedade e ao uso das partes indivisas. A respeito dessas há a regra jurídica do art. 623, 1, que reconhece ao comproprietário o "usar livremente da coisa conforme seu destino e sObre ela exercer todos os direitos compatíveis com a indivisão". Importa em dizer-se: usar a coisa de modo que não lhe altere a destinação, nem impeça os outros comuneiros de usá-la (cp. art. 48S).

Tais princípios também incidem a respeito das pertenças comuns.

As restrições ao uso da parte indivisa são inconfundíveis com as servidões que sObre a parte indivisa sejam constituídas por todos os comuneiros (servidões na parte comum). A opinião que não admite a servidão no coisa própria, ou na parte comum, é de velharia irritante. O que é preciso é que a servidão na parte indivisa, a favor do comuneiro, seja constituída por todos; mas a servidão, em si, é possível. Não pode o comuneiro constituí-la por si.

O uso pode ser em turnos, ou por fixação prévia, como éo caso do uso do salão de festas, em promíscuo, ou por divisão do uso da parte indivisa.

Se a restrição concernente ao uso da parte indivisa é tal que lhe muda o destino, há mudança de destinação, o que se rege por seus princípios. A servidão não tira todo o uso, nem tOda a atividade.

§ 1.385. Modificação do regulamento

1.MODIFICAÇÃOE REVOGAÇÃO. O regulamento é modificável (emendável) ou revogável pelo mesmo modo porque se fêz, ou por outro meio que a lei permita, desde que concorram *todos* os comuneiros. A maioria pode *convocar,* não decidir; se a convocação

continha a comunicação de que a não-comparência ou o silêncio se teria como aprovação de projeto apresentado, contam-se os votos dos não-comparecentes ou silenciosos.

2. DIREITo DISPOSITIVO. Se foi revogado o regulamento, regem apenas as normas de lei escrita e os princípios gerais, devendo-se entender que o uso seguido enche a parte de lacuna do direito, não a do direito dispositivo. O direito dispositivo somente deixa de ser aplicável se há contrária declaração de vontade, ainda que indireta ou mediata.

§ 1.386. Interpretação do regulamento

1. REGRAs. Interpreta-se o regulamento tomando-se por base que êle concerne ao exercício do direito de propriedade comum *pro indiviso,* e não ao exercício de propriedade comum pro *diviso,* se bem que nele se possa incluir norma sObre o exercício do direito de propriedade do apartamento, explicitando-se os poderes e deveres dos comuneiros em geral. Já nos referimos, antes, a essas explicitações.

Trata-se‟ de regras oriundas de negócio jurídico, de modo que são as regras de *interpretação dos negócios jurídicos,* e não as das leis, que se hão de invocar, O que o uso (exercício dos direitos e deveres) assentou só a unanimidade desfaz, salvo se é contra a lei o ato constitutivo ou o próprio regulamento.

2.PODERES DE ADMINISTRAÇÃO. Na *dúvida,* quanto aos poderes de administração terem sido conferidos a quem está exercendo alguns atos de administração, interpreta-se que o foram. Se foi o comuneiro que assumiu a administração, é regra dispositiva que se considera investido de poderes.

§ 1.387. Apartamentos e direitos de vizinhança

1. PARTES INTEGRANTES COMUNS. Se, no tocante às partes em comum, inclusive o terreno, os donos de apartamentos são condôminos e pelas regras do condomínio se resolvem as suas questões, porque incidem nas relações entre eles, no tocante às partes divisas, isto é, às partes integrantes do apartamento mesmo, são eles *vizinhos.* Dessa qualidade derivam direitos e deveres. Já vimos que a lei, aqui e ali, *limita* o conteúdo do direito de propriedade. Já vimos

que a essas limitações correspondem direitos não-autônomos, reais, que pertencem ao titular do direito de propriedade. No direito brasileiro, essas limitações legais operam de pleno direito, de „modo que se substantivam direitos que objetivamente resultam delas.

2. LIMITEs DO APARTAMENTO. No caso do edifício de apartamentos é de toda - importância atender-se a que a Lei n. 5.481, de 25 de junho de 1928, art. **4~O,** fêz conteúdo seu o direito relativo à propriedade sem comunhão *pro diviso,* e a que se hão de ler as regras concernentes às vizinhanças laterais como, por força da Lei n. 5.481, art. 49, *também* concernentes às vizinhanças de baixo para cima e de cima para baixo.

Temos, ai, portanto, incidência do Código Civil.

Nos limites do apartamento, se não começa espaço comum, acaba tOda a atividade do exercício da propriedade.

No próprio espaço comum essa atividade se diferencia. Se o espaço, que se segue, já é de outro dono de apartamento, tudo se passa como a respeito da vizinhança com outro prédio que não pertencesse ao mesmo edifício. Quer se trate de maior expansão pára os lados, quer se trate de maior expansão para cima ou para baixo.

Porém não só quanto às três dimensões:

a intensidade do ruído, ou da luz, e o ruído fora das horas regulamentares municipais, desde que tirem o sossêgo, ou prejudiquem a saúde dos vizinhos, são ofensas que se apreciam como ao direito de vizinhança, portanto como excessos que ultrapassam o conteúdo do direito de propriedade.

O ponto principal é o de se saber se a lei elevou à categoria de *limitação* a proIbição do excesso.

3.DIREITOS DE VIZINHANÇA E RESTRIÇÕES. Se alguns direitos de vizinhança podem ser restringidos, ou excluídos, pela vontade dos interessados, ou por estipulação a favor de terceiro *(e.* g., a estação de radiocomunicação instalada no mesmo prédio), a resposta é afirmativa. Alguns, sendo irrenunciáveis, não podem ser restringidos. Naturalmente, é de exigir-se a unanimidade dos comuneiros, porque se trata de restrição ao conteúdo do direito de propriedade; e, se não foi criada a servidão, ou não teve registro o regulamento que o estabelecera, a eficácia é só entre partes *(e.* g., o adquirente do apartamento não é obrigado a conhecê-lo). Se o negócio jurídico se fêz

com tOdas as exigências, inclusive as do registro de bens imóveis, ou há servidão, pois que algum dos donos de apartamento *(e. g.*, a estação de radiocomunicações ou o cinema) teve o seu apartamento enriquecido de servidão, ou a medida é recíproca e todos se beneficiam com ela.

4. PASSAGEM FORÇADA. t difícil ocorrer, porém não é impossível que ocorra, a pretensão à passagem forçada (Código Civil, arte. 559-562). Se desapropriação da frente do prédio tirou a saida a algum ou alguns apartamentos (e isso é apenas exemplo), 08 restantes que têm saída privativa ou que, antes, não era comum com os que ficaram encravados, são obrigados a dar passagem aos donos desses. Trata-se de limitação ao conteúdo do direito de propriedade desses apartamentos não atingidos. A falta de passagem precisa não ter sido produzida pelo próprio dono do apartamento encravado, ou por aquele de que ele o houve, em virtude de haver, aí, *culpa contra si-mesmo,* caso em que teria de pagar o dObro daquilo com que teria de indenizar o dono do outro ou os donos dos outros apartamentos (Código Civil, arts. 560 e 561). O mesmo raciocínio cabe a respeito de desmoronamentos que obstruam passagem.

§ 1.388. Espécies de regulação

1.REGULAMENTAÇÃO QUE ATINGE O DIREITO REAL. Sempre que a regulação atinge o direito real, constitui restrição de poder e depende de decisão unânime. Restringe o poder do condômino: a) a deliberação que tira a um ou a alguns condôminos o voto em certo assunto; em geral, todos os tratos desigualizantes dos condôminos (principio interno de isonomia)

b) a deliberação sObre gravame da coisa, ou sObre a extinção de alguma servidão de que a coisa comum seja o prédio dominante; e) o reconhecimento da não-propriedade, na ação de reivindicação por outrem; cl) o reconhecimento da posse de outrem sobre tOda a coisa.

A regulação que atinge o conteúdo do direito real do condômino sOmente pode ser deliberada com o seu voto; se atinge a todos, só a unanimidade pode admiti-la. A eficácia real depende do registro; mas o sucessor singular imediato, que a conhecia, tem de suportá-la. A regulação que se restringe à administração e ao uso ou melhor uso da propriedade pode ser deliberada pela maioria. A eficácia *erga omites*

depende do registro, pOsto que o sucessor singular imediato que conhecia o regulamento tenha de ater-se a êle.

2.REGULAÇÃO QUE NÃO ATINGE O DIREITO REAL. Se a regulação sOmente concerne ao exercício do direito real, claro é que a maioria pode decidir, de acOrdo com os art. 635-637.

3.NULIDADE E INEFICÁCIA DAS DELIBERAÇÕES. Estabelecida por unanimidade ou por maioria a regulação, o fato de se haver infringido a lei ou o ato constitutivo do condomínio é *res* dedutível em juízo, para se decretar a nulidade ou a ineficácia da deliberação. Não há termo preclusivo às ações. A prescrição rege-se pelos princípios gerais, sendo que são imprescritíveis a ação em que se peça a declaração de ineficácia e a em que se peça a decretação da nulidade. Nulidade há quando: a) não houve convocação de todos os condôminos, porque há a regra jurídica (não escrita) entre o art. 635 e os *§§ 19* e 29 que diz: "Todos os condôminos hão de ser convocados"; *b)* foi convocada pessoa absolutamente incapaz (artigo 5.0), em vez do representante legal; *b)* se a convocação não obedeceu à regulação (A. CANDIAN, *Nullitd e annuWxbilit& di dejibere,* 54; o) foi convocado o marido sem ser convocada a mulher, se o bem é comum (poder de deliberar sobre vender e poder de deliberar sObre regulação do condomínio não são poder de administração), salvo se para deliberar sObre locação da coisa; á) se não se permitiu que todos discutissem ou votassem. Se figurou o titular do pátrio poder, tutela ou curatela, tratando-se de relativamente incapazes, e não funcionou quem devia: a convocação ou a votação foram deficientes; o caso de inexistência, e não de anulabilidade, da deliberação.

O excesso de poder não é causa de nulidade, mas de ineficácia. Não tinha poder o administrador, naquilo em que excedeu. A solução não é a de impugnabilidade, prOpriamente dita, nem a da nulidade, nem a da anulabilidade; mas a da ineficácia (cp. arts. 1.806, 1.307 e 1.313).

(A classificação dos atos de excesso de poder como nulos é de repelir-se, tanto mais quanto se vê a cada passo referência ao conceito de "nulidade relativa", que apontamos como erro grave, Todos IV, ~ 373 e V, * 532; ainda com tal conceito inadmissível F. FERRARA JUNIOR, *GU*

Imprenditori e lo societá, 191, e *G.* BRANCA, *folia Proprietá,* 204.) Se, quanto à administração, foi deliberado com infração de negócio jurídico anterior entre os condôminos, ou alguns deles, não há

nulidade, nem ineficácia. Trata-se, apenas, de ato ilícito relativo. Quem votou pela deliberação (= fêz parte da maioria), ou, se secreta a deliberação, não ressalvou o interesse legitimo anterior, entende-se ter renunciado à pretensão condenatória, ou ter pré-admitido a invasão em sua esfera jurídica, conforme a espécie. Só os dissidentes,. ou, se secreta a votação, os que ressalvaram o interesse legítimo, têm legitimação ativa.

4.OFENSA A DIREITOS DE CONDÓMINOS. As deliberações da maioria podem ofender direitos de algum ou alguns condôminos. O que sofreu o dano tem as mesmas ações que teria quem fOsse lesado por proprietário exclusivo. Se a deliberação é nenhuma por falta de maioria, os que pretendem executar ou executam a deliberação é que são responsáveis. Se a deliberação é eficaz, a ação é contra todos os condôminos, incluído o lesado, *pro parte.* Não repugna à ciência que o condomino litigue contra a comunhão, ou contra os participantes da deliberação, maioria e minoria, sendo de notar-se que os convocados não-comparecentes se obrigam pelo que se deliberou vàlidamente.

5.CONDÔMINO QUE ADMINISTRA “MOTU PROPRIO”.

O condômino que pratica atos de administração sem ter recebido poderes é gestor de negócios alheios, que não pode pretender sejam eficazes os seus atos. Mas esses atos, se não há oposição por parte dos outros condôminos, estabelecem série, a respeito da qual o silêncio dos outros condôminos cria presunção de mandato. Não se confunda essa presunção com a ratificação que pode ocorrer, à semelhança do que se passa no art. 1.343. Cumpre, porém, observar-se que o ato de administração pode ser interior a sua quota no uso comum, inclusive se o ato é em juízo, porque, para postular ou praticar atos concernentes ou interiores à sua quota, não representa ninguém, apenas exerce o direito de propriedade *pra parte.*

6.PLURALIDADE DE ADMINISTRADORES. A administração pode ser dada a urna ou mais pessoas (estranhos ou condôminos). O condômino, que administra, é como o administrador estranho (M. VITÂLEVI, *Deila Comunione dei beni,* 569). É contratante consigo mesmo, *pro parte.* Os ates que praticar contra os poderes são contra os poderes ainda em relação à sua parte indivisa.

7.PODERES E DEVERES DOS ADMINISTRADORES. Os poderes e deveres do administrador são os que resultam da regulação. Se foi a maioria que a estabeleceu, tais poderes não podem ir além da simples

administração. Só a unanimidade pode dar-lhe maiores poderes. De regra, é mandatário; pode o regulamento ou o negócio jurídico ir além disso. Não há, porém, pensar-se em órgão, porque o condomínio não é pessoa jurídica.

Se o administrador tem, a representação judicial depende dos poderes conferidos; não é de presumir-se que os tenha (cf. arts. 1.324-1.830). O administrador não tem dever de intervir, de si só, nas disputas e divergências entre os condôminos, nem o de atender ao que lhe peçam, a respeito, os condôminos, mas deve opor-se a que disputa ou divergência se reflita ou turbe a gestão da coisa.

8.DEMISSÃO E DENÚNCIA OU REVOGAÇÃO. O art. 635, *§* 29, fala da escolha do administrador; não alude‟

à destituição, ou à denúncia vazia ou cheia da outorga de poder administrativo. A destituição tem de observar as regras do regulamento, ou, por analogia, as regras concernentes à demissão dos empregados nas empresas. A denúncia cheia depende dos termos do negócio jurídico entre os condômino~ e o administrador. A denúncia vazia ai, erradamente, chamada por alguns revogação, à semelhança do mandato é por deliberação da maioria (sem razão, P. BONFANTEt *Scrtttz giurzdret,* III, 487). O administrador nem sempre é só mandatário, não se lhe pode reduzir, a *priori,* a tal figura o contrato entre êle e os condôminos, para se dizer que pode revogar quem nomeia.

Se foi nomeado por todos os condôminos, porque foi isso estabelecido na regulação, só a unanimidade pode denunciar.

Quanto à intervenção da autoridade judiciária, por postulação de um dos condôminos, não há pensar-se em denúncia vazia (ou revogação de mandato), teria de tratar-se de denúncia cheia‟ ou demissão- O juiz sOmente intervém para denúncia vazia se ocorre o que se preve no art. 637, *§* 2.Q

§ 1.389. Alcance do art. 11, a), da Lei n. 5.481

1. VEDAÇÕES. Disse a Lei n. 5.481, art. 11: “É vedado a qualquer proprietário de apartamento: *a)* mudar a forma externa da fachada ou a distribuição interna dos compartimentos; 6) decorar as paredes e esquadrias internas com tonalidades ou côres diversas das empregadas no conjunto do edifício; *e)* estabelecer enfermaria, oficinas, laboratórios ou instalações perigosas ou que produzam ruído

incômodo; ti) embaraçar o uso dos corredores e caminhos internos ou lançar--lhes detritos, águas ou impurezas; *e)* o emprêgo de qualquer processo de aquecimento, suscetível de ameaçar a segurança do edifício ou prejudicar-lhe a higiene e a limpeza". No parágrafo único, acrescentou: "A transgressão de qualquer dessas proibições, verificada em processo judicial, importará na multa de réis 2 :O00$OOO a 5 :000$000, cabendo a metade ao interessado que intentar a competente ação, e outra à Municipalidade, e o dObro em caso de reincidência". Desde logo ponhamos claro que essa multa é de ordem fiscal, e a regra do art. II, parágrafo único, é *regra de direito público federal,* da qual resultam direito subjetivo, pretensão e ação a favor do comuneiro que intentar a ação cujo rito é o ordinário da ação condenatória, salvo se proposta como *ação cominatória* (Código de Processo Civil, art. 302, VII, VIII e IX, principalmente).

2.MUDANÇA DA FORMA EXTERNA. A mudança da forma externa somente pode ser feita se todos os comuneiros anuirem. A *fornit* desempenha nas construções papel de alta relevância. Tanto na arquitetura quanto nos estilos: desde as superfícies e os volumes retinidos sob a luz, o plano, que dá a ordem, que elimina o arbitrário, e os traçados reguladores. A Lei n. 5.481 não permite que, sem a unanimidade dos comuneiros e, natunimente, sem a licença das autoridades públicas, se altere a arquitetura ou o estilo. Ainda quando se tenha de demolir, ou se se demoliu e se haja de reconstruir o edifício, entende a lei (art. 6.0, parágrafo único) que a *forma* deve permanecer:

"A reconstrução será sempre feita, guardadas obrigatôriamente a mesma forma externa e a mesma disposição interna, salvo o acordo unânime de todos os condôminos".

O próprio aumento de andar ou a construção lateral, frontal ou no fundo, pois que altera os volumes, altera a forma..

3.ALCANCE DO CONCEITO. A mudança de forma externa compreende superfícies, volumes e o plano; ainda onde se trata de parede, ou abertura, que é comum ao apartamento. Por isso mesmo, rigorosamente, a proibição de

"decorar as paredes e esquadrias externas com tonalidades e côres diversas das empregadas no conjunto do edifício" (Lei n. 5.481, art. 11, ~*)* entraria na proibição de mudar a forma externa, porque *o* plástico não exaure o que é forma: forma, nos edifícios, é plástica e

côr.

O art. 11, a), tem contudo alcam~e ainda maior: *a)* se algum comuneiro vai mudar a forma externa do edifício (arquitetura, estilo), o outro pode impedi-lo, usando da ação cominatória (Código de Processo Civil, art. 302, IX), eventual-mente da caução de dano infecto (art. 304) ; *b)* s~ já a mudou, a ação é de dano, porém é intentável, também, a cominatória para a demolição do que foi feito e reposição do estado anterior; e) se ocorreu a), ou se ocorreu *b),* o arquiteto tem pretensão para que se lhe não modifique a arquitetura, estilo e plano. A ação e) pode ser exercida contra todos os comuneiros se houve consentimento de todos. A unanimidade é necessária para que, nas relações entre os comuneiros, se torne executável a mudança; porém, se se ofende, com isso, o que é do interesse do arquiteto (ainda interesse moral, Código de Processo Civil, art. 2.0), a unanimidade responde.

4.MUDANÇA DE FORMA E DESTINAÇÃO. Cumpre que se não contundam a mudança de forma e a de destinação. O artigo 11, a), só se refere à forma. Foi regra que se introduziu no corpo do direito brasileiro, porque o art. 628 do Código Civil não dizia respeito à forma dos edifícios cheios por apartamentos e poderia parecer forçada a interpretação que lhe estendesse a incidência. Percebe-se a evolução do pensamento em três momentos: o da L. 27, *§* 1, D., *de servitutibu.s praediorum urbanôrum,* 8, 2 (“invito socio in iure communi non habeas ius aedificandi”), o do art. 2.Ç81 do Código Civil argentino (“Ninguno de los condóminos puede hacer en la cosa común innOvaciOnes materiales, sin ei consentimiento de todos los otros”) ou art. 628 do Código Civil brasileiro e o de regras como o art. 11, a), da Lei n. 5.481. Aliás, a superfície externa do edifício écomum, tão comum quanto a “coisa comum” do art. 628 do Código Civil; e chegaríamos à mesma regra do art. 11, a), da Lei n. 5.481, se essa não existisse.

§ 1.390. Distribuição interna dos apartamentos

1.DISTINÇÓES. A distribuição interna dos apartamentos, isto é, a distribuição do espaço pelos e entre apartamentos, porém não dentro deles, também não pode ser mudada, salvo se todos os comuneiros concordarem e as leis de direito público não o impedirem. Não pode o dono do apartamento A, simétrico ao apartamento E, tirar-lhe a parede que dá para o *hall* comum e pôr-lhe simples grade, de modo que transforme a distribuição de espaço comum fechado e de espaço

privativo fechado que se havia feito. Mas é-lhe livre elevar paredes dentro do seu apartamento, alterando-se a distribuição do seu espaço privativo. Ainda assim aos comuneiros, posteriormente ou no ato constitutivo da comunhão *pro diviso,* é permitido *disporem* que as repartições das peças, no interior dos apartamentos, inclusive o estilo dos apartamentos por dentro, são inalteráveis pelos comuneiros sem a deliberação de todos. Constrói-se isso, portanto, como restrição recíproca do direito de propriedade, "restrição de poder" ou clausulação, à semelhança das cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade (não se confundam com as limitações ao conteúdo do direito de propriedade, de que tratam os arte. 554-586 do Código Civil e art. 11, e) e *e),* da Lei n. 5.481).

A vedação de redistribuição internamente dos apartamentos não atinge: o poder de abrir portas entre eles, se a parede é *meia* ou se é *comum* aos dois confinantes do mesmo prédio *(ditei-,* se se trata de prédios vizinhos ainda que invisível a ligação), se o dono é um só, ou se os donos o deliberaram.

2.ABERTURA OU PASSAGEM PARA OUTRO EDIFÍCIO. A abertura de porta, ou passagem, para outro edifício não viola a regra de não-redistribuição interna dos apartamentos; viola a imagem, a *idéia,* da coisa, quebra-lhe a autonomia material, torna infiscalizáveis pela comunidade dos donos dos apartamentos a entrada e a saida das pessoas. Tais aberturas dependem do consentimento de todos os comuneiros de um e de outro prédio e tomarão a figura jurídica que lhes convier (servidão recíproca, ou não; permissão temporária de passagem; abertura

somente para casos de incêndio, ou assalto, etc.) -

3.DIREITOS DO DONO DO APARTAMENTO. O dono do apartamento tem sobre êle os direitos que teria o dono de uma casa. Um desses é o de pintá-lo como bem entenda, revesti-lo por dentro, embutir-lhe espelhos, armários, estantes, mudar-lhe as portas internas. Naturalmente, ao ato constitutivo da comunhão *pro divisa* e à deliberação posterior é possível estabelecerem-se restrições a esse poder. Quanto à dilatação desse poder, não entra na autonomia da vontade dos interessados: a regra do art. 11, *b),* da Lei n. 5.481, se bem que regra de direito privado, entra na classe das regras de interesse público (unidade das fachadas, por exemplo) e é bem possível que corresponda, no Município, à de alguma postura municipal.

Em todo o caso, se é do plano do edifício a diversidade de côres, a proibição do art. 11, *b),* tem de ser entendida como concernente à mudança das côres que foram marcadas para cada esquadria ou lance de esquadrias.

§ 1.891. Construções e uso danoso

1.DIREITO DE VIZINHANÇA. O *estabelecer enfermarias, oficinas, laboratório,* ou fazer *instalações perigosas* ou que *produzam ruído incomodo* é vedado como limitação ao conteúdo do direito de propriedade, de modo que nasce nos outros comuneiros o direito de vizinhança, à semelhança daqueles de que se fala a respeito dos donos de casas vizinhas (Tomo XIII). Tal direito de vizinhança é real, não-isolado, irrenunciável, tal como se dá com os direitos dos arte. 554-558 do Código Civil. É de todo conveniente ter-se sempre em vista que o direito do art. 11, o), da Lei n. 5.481 é direito de vizinhança. As pretensões e ações, que dele emanam, são pretensões e ações de direito privado, que Adependem, portanto, da existência de regras de direito público, federal, estadual ou municipal, que punam as violações.

2.DESTINAÇÃO. ~ preciso, porém, ter-se em vista a *destinação* do edifício. Se for êle construído para a instalação de grandes consultórios médicos com enfermarias próprias, as regras do art. 11, o), da Lei n. 1481 não incidem. Outrossim, no caso de se haver construído para oficinas, laboratórios, ou misteres que façam ruído. As próprias instalações consideradas perigosas, conceito que alude a resultados de perícia, são suscetíveis de entrar na destinação do bem imóvel e, pois, afastar a incidência do art. 11, o). É preciso, porém, que essa destinação se haja caracterizado: não basta o terem sido toleradas. Por outro lado, se alguma lei de direito público se opõe a essa destinação, ou à simples instalação, a incidência é completa. Muitas vêzes, a regra do art. 11, o), entra numa das regras do Código Civil, que limitam o conteúdo do direito de propriedade, no tocante ao uso nocivo.

3. LIMITAÇÃO E RESTRIÇÃO. É de se evitar qualquer confusão entre a limitação ao conteúdo do direito de propriedade, que se faz no art. 11, o), e a que corresponde direito de vizinhança, e o *abuso do direito de propriedade,* em virtúde de exercício irregular (Código Civil, art. 160, 1). O direito, as pretensões e ações do art.

11, e), são *reais;* as do abuso do direito, *pessoais.* Tão pouco, havemos

de assimilá-las ou confundi-las com a pretensão e a ação pela culpa.

Tão pouco se hão de confundir *limitação* e *restrição.*

O ruido incômodo é uso nocivo da propriedade; e a lei já o concebia como vedado, isto é, como limitação ao conteúdo do direito de propriedade. Tal limitação é reafirmada no artigo 11, *c),* a respeito dos apartamentos, sem que fosse de mister essa explicitude. A lei cortou cerce qualquer interpretação que, tomando como base a conexidade maior, interna, entre os apartamentos, tentasse fazer escapos às regras jurídicas comuns sobre direitos de vizinhança os apartamentos do mesmo edifício.

fi 1.392. Corredores e caminhos internos

1. REGRAS ESPECIAIS. Ao comuneiro é proibido *embaraçar o uso dos corredores* e *caminhos internos ou lançar-lhes detritos* ou *impurezas* (Lei n. 5.481, art. 11, *d).* A primeira questão que surge é a de se saber se a norma jurídica do art. 11, *d),* importa *limitação* ao conteúdo do direito de propriedade, ou se é de relação entre condôminos (os corredores e caminhos internos são *comuns),* óu se apenas se explicita esse caso de abuso do direito ou de ato ilícito s *tricto sensu.* Não havemos de negar ser possível que a culpa Aquiliana se estabeleça, nem que às vêzes se dê abuso do direito; mas, em verdade, a dúvida somente se entenderia entre ser regra de limitação ao conteúdo do direito de propriedade au regra de relação entre condôminos das partes integrantes indivisas (corredores, caminhos).

2. COMPOSSE. A perturbação da composse pode resultar dos atos previstos no art. 11, *d)* ; e as ações possessórias são indicadas. Qualquer uso nocivo do apartamento, que consista em lançar detritos, águas ou impurezas, é vedado segundo as regras sobre direito de vizinhança. Quanto ao embaraço dos corredores, não é o uso nocivo ou o exercício irregular que o art. 11, *d),* veda: a regra da Lei n. 5.481 refere-se ao mau uso da propriedade comum, porque corredores e caminhos internos são comuns. Não se trata de direito de vizinhança, e sim de

limitação recíproca do direito dos condôminos dos corredores e caminhos internos, porém alusivo à “divisão” do prédio em apartamentos.

É de grande importância prática essa advertência.

3.RENUNCIABILIDADE E IRRENUNCIABILIDADE. No caso do art. 11, *d),* 1a parte, o direito real não é isolado e irrenunciável, tal como a respeito do art. 11, *c).*

"Caminhos internos" são quaisquer caminhos dentro do muro ou cêrca, e não apenas dentro do edifício. A expressão não foi feliz, mas seria absurdo que se não incluíssem no rol deles os caminhos para o vestíbulo, para a garagem, para o jardim. Escapam ao art. 11, *d),* as calçadas *externas* e os caminhos *dentro do apartamento,* aqueles, porque às leis de direito público cabe proibir embaraços e obstruções; esses, porque o prejudicado com os atos é somente o próprio dono do apartamento.

Cumpre ainda observar-se que o art. 11, *d),* de modo nenhum exclui outros artigos do Código Civil, principalmente, que importem limitações ao conteúdo do direito de propriedade. O mesmo havemos de pensar quanto ao art. 11, *e).*

§ 1.393. Aquecimento prejudicial

1.VEDAÇÃO. A vedação do *emprégo de qualquer processo de aquecimento,* suscetível de ameaçar a segurança do edifício, ou prejudicar a higiene ou limpeza dele, ou de parte dele, é menos larga que a antes estabelecida pelo Código Civil, no que se refere a casas vizinhas. Isso não quer dizer que as demais regras das leis, criadoras de limitações ao conteúdo da propriedade, não possam ser invocadas, superpondo-se ao art. 11, *e),* ou ao lado dessa regra, para completá-la ou substitui-la, se a regra do Código Civil incide e a do art. 11, *e),* não incide.

2.PREssuPostos DO DIREITO DE VIZINHANÇA. Os pressupostos do direito de vizinhança, que aí se criam, são: o processo de aquecimento (chaminés, fogões, fornos, etc.) ; o temor de prejuízo; ainda que iminente, à segurança do edifício, ou à higiene e limpeza dele. Se o dano já foi causado e não continua, a ação adequada é de indenização pelo ato ilícito, ou a

de demolição da obra feita (Código de Processo Civil, artigo 302, VIII).

§ 1.394. Ações com base no art. 11 da Lei n. 5.481

1.AçÃo DECLARATÓRIA, AÇõES POSSESSÓRIAS, AÇÃO DO PRECEITO COMINATÓRIO, AÇÃO DE

DANO, AÇÃO PARA PEDIDO DE MULTA.

As regras do art. 11 da Lei n. 5.481 são suscetíveis de produzir as pretensões ordinárias e as ações que nasçam de qualquer causa por parte dos comuneiros a que se dirigem as vedações:

(a) A *ação declaratória,* segundo o ad. 2.0, parágrafo único, do Código de Processo Civil, para se declarar que existe (ou que não existe), a relação de dever de vizinhança, ou de comunhão, de que cogita qualquer dos casos do art. 11.

(b)As *ações possessórias,* pois a mudança indevida da forma externa da fachada, ou da distribuição interna dos apartamentos, ou a tentativa ou efetividade da decoração proibida, ou qualquer outra das ameaças ou dos atos do ad. 11, pode importar turbação ou esbulho da posse dos outros comuneiros.

(c) Caso se haja preferido a *ação de preceito cominatório,* com fundamento no art. 802, VII-IX, principalmente IX, do Código de Processo Civil, tudo se passa como a respeito das outras ações cominatórias. Lê-se no Código de Processo Civil, art. 304, que, "na cominatória intentada pelo proprietário, com fundamento nos ns. VII e VIII do art. 802, ou pelo inquilino com fundamento no n. VII do mesmo artigo, o autor poderá, em caso de perigo iminente, requerer em qualquer tempo que o réu preste caução ao dano eventual, indicando desde logo o valor que deva ser caucionado". O ad. 802, IX, que se refere à ação do "proprietário de apartamento em edifício de mais de *dois* andares, para impedir que o condômino transgrida as proibições legais", não foi citado pelo art. 304. É de perguntar-se se o Código de Processo Civil *exclui* a caução de dano infecto entre comuneiros do mesmo edifício de apartamentos, ou se somente foi *omisso (e.* g., por ser o inciso IX de elaboração posterior). Verdade é, porém, que a caução *damni infecti* é pretensão de direito material e cabe aos vizinhos, sempre que se trata de uso nocivo da propriedade ou qualquer outro caso de limitação ao conteúdo do direito de propriedade *(e.* g., Código Civil, art. 555). A omissão do Código de Processo Civil, ad. 304, é, pois, inoperante: ao comuneiro, que pede a cominação, é dado requerer a prestação de caução, se há perigo iminente. Aliás, pode pedir, portanto, sem o caráter de processo

acessório, quando haja os pressupostos necessário~ e suficientes, como ação de acautelação ou assecuratória, isto é, *principal ter.*

(d) Tendo havido a transgressão e o dano, pode ser pedida a condenação do transgressor à indenização.

(e) Cabe o pedido de multa segundo o ad. 11, parágrafo único, da Lei n. 5.481.

2.CAUÇÃO DE DANO INFECTO. Em ação declaratória não se cumulam as outras ações acima referidas, exceto a de caução de dano infecto *principaliter,* porque se teriam de interpretar os pedidos cumulados como sendo o pedido de declaração *questão prejudicial,* e não *causa prejudicial.*

§ 1.395. Natureza da eficácia segundo a Lei n. 5.481, art. 11, parágrafo único 1.ENUNCIADOS DÁ LEI. A cada um dos enunciados do ad. 11 da Lei n. 5.481 correspondem, a par da regra cogente, direito subjetivo, pretensões e ações. Essas ações nascem, conforme se viu, da pertinência de se afirmar a ameaça ou a violação da regra. Proposta, que tenha sido, a ação declaratória, a eficácia da sentença favorável será apenas a de alternativa da existência da limitação ao conteúdo da propriedade (relação real, que está à base dos direitos de vizinhança) ou de relação jurídica entre condôminos da parte integrante do edifício (corredores, caminhos internos). Se há a ameaça de violação, as ações possessórias que são executivas *lato sen.su,* e a ação cominatória, com a eventual caução de dano infecto, são levadas até a sentença favorável de eficácia própria, específica. Se houve a violação, a sentença, na ação de condenação, tem a sua eficácia condenatória, com o posterior efeito executivo.

2.NATUREZA DO JULGAMENTO. *a* Onde, pois, se há de classificar a sentença, ou a parte da sentença, que aplique o art. 11, parágrafo único, da Lei n. 5.481? Não há dúvida quanto a se poder pedir a verificação da transgressão, em ação própria, como para se conseguir a indenização do dano sofrido e, cumulativamente, a aplicação da multa do art. 11, parágrafo único, ouvida, naturalmente a Municipalidade, litisconsorte nesse ponto.

Porém a aplicação da regra sobre multa também pode resultar de eficácia *anexa* de alguma sentença favorável ao que fêz *res in indicium deducta* alguma violação de um dos enunciados do art.II. A sentença favorável, na ação declaratória, não teria esse efeito *anexo.* Nem seria

concebível que o tivesse. Tem-no, porém, a sentença que se proferir em ação cominatória, ou em ação de condenação, ou em ação executiva *lato sensut,* como a possessória.

§ 1.396. Comuneiro e **USO** da propriedade

1.O QUE NÃO É DADO AO COMUNEIRO. Não pode o comuneiro:

(a)Quanto às partes *indivisas:* 1) alterá-las, na matéria e na forma *(e.* g., substituir as coberturas, salvo se, estando arruinadas e não resolvendo a unanimidade, *necessitatis causa* as substitui por outras iguais ou melhores); 2) mudar-lhes o destino *(e.* g., tornar sala de pingue-pongue a biblioteca ou sala de leitura ou de espera); 3) admitir pessoas no uso comum, estranhas aos apartamentos; 4) transformar em privativo, seu ou de outrem, comuneiro ou não, o uso comum.

(b)Quanto às partes *divisas,* 1) aumentá-las; 2) transformá-las na aparência externa, de modo a quebrar as linhas arquitetônicas do edifício, ou diminuir-lhe o valor estético; 3) exercer o seu direito de propriedade de modo irregular (abuso do direito, Código Civil, art. 160, 1); 4) ofender as regras que limitam a propriedade e, pois, fazem nascerem nos seus vizinhos, de outro ou do mesmo edifício, direitos (reais) de vizinhança; 5) praticar atos que causem dano aos outros comuneiros, aos empregados comuns do edifício e de outros comuneiros, etc.

O proprietário do apartamento não pode fazer inovações que modifiquem a coisa comum, ou a parte comum. Se a obra não altera a destinação da coisa nem ofende direitos dos outros comuneiros, pode fazê-la qualquer deles, em seu próprio interesse e à sua custa. Se a mudança ou inovação atinge a destinação do prédio, ou a sua estrutura, é vedada, salvo unanimidade. Por exemplo: alargamento do portão, substituição de muro do gradil do jardim, ou vice-versa, transformação de teto em terraço ou construção no terraço (toda construção sem unânime permissão dos comuneiros é ato ilícito de posse e trata-se a obra como qualquer obra em prédio alheio, não bastando permissão tácita e só se transferindo a propriedade após o registro da deliberação unânime). Se a inovação foi em parte indivisa e para uso exclusivo, pode haver a usucapião de trinta anos. Dificilmente, a de tempo curto. Se foi em coisa indivisa para uso comum, dá-se a acessão (art. 547, 2 Y parte).

Se trata de melhora do uso, mostrada a conveniência, pode-se deliberar por maioria; ou., quanto a ascensor (sem razão, U. GUIDI, *Ii*

Condominio, 138 s.), se o edifício não no tem, ou se o que tem é insuficiente, quanto a refrigeração ou quanto à exaustão de fumaças.

Se há prejuízo para a coletividade ou para algum comuneiro *(e. g.,* à estabilidade, segurança, higiene, estética do edifício), a maioria nada pode deliberar. Só a unanimidade pode resolver quanto a serem maiores os proveitos que as inconveniências. Se o dano ou perigo é somente a algum comuneiro, ou alguns comuneiros, também não tem poder a maioria. Se o prejuízo é ínfimo ou o perigo não é provável, tem de preceder sentença judicial sobre esse ponto, que pode ser declaratória da relação jurídica entre os comuneiros, ou a que se profira em ação de nunciação de obra nova (D. R. PERETTI-GRIVA, *Ii Condominto di case divise,* 226), ou a que se dê, afinal, em ação de preceito cominatório.

Sempre que algum condômino queira fazer parte dos que usam comodidade que os comuneiros fizeram em parte indivisa, sem ofensa aos seus direitos, mas para cujas despesas não se prontificou, toma-se o valor da sua parte no uso, ou no edifício, conforme a espécie, para se conhecer a proporcionalidade e se fixar a sua parte no momento em que o pede (cf. D. Bàzazto, *Sistema istitusionale dei Diritto privato,* 1, 828, nota 1; L. SALIS, *II Condominio negli edifici,* 93). As despesas calculam-se em globo; dividem-se pelos que nas obras tomaram parte; quem entra paga como se a soma dos quinhões dos que fizeram e do quinhão do que participou perfizesse o todo. Tal contribuição posterior é repetida pelos que pagaram, na proporção dos seus quinhões segundo o valor do tempo em que desembolsaram as despesas. Se outro se apresenta para participar, dão-se as mesmas operações; e assim por diante.

Pode ocorrer que a obra inovativa não permita, tal como se fêz, o uso em comum pelos comuneiros que não quiseram tomar parte. Então, o uso, que lhes ficou, é somente do resto da parte indivisa, e não pode qualquer deles pretender a participação, *ex hijpothesi* impossível: o que lhe fica é a espera de aquisição do direito de algum dos comuneiros à obra inovativa. A pretensão à participação supõe que a obra tenha sido feita de tal amplitude que outro ou outros comuneiros possam usá-la sem prejuízo ou incômodo para o outro ou os outros que a fizeram.

Noutros termos: que o uso comum por mais um comuneiro ou dois ou mais comuneiros seja possível *(=*

divisibilidade do uso da obra). Se dois ou mais comuneiros querem participar e só um é admissível ao uso, o princípio *prior in tempore*

incide, de modo que é admitido quem primeiro pediu. Se a obra é modificável para que se possa dar entrada a mais um ou dois ou mais, a esses incumbem as quotas nas despesas, conforme o que antes foi dito, mais a totalidade das despesas modificativas.

2.TRANSFORMAÇÕES. Toda transformação do uso comum em uso privativo, de um ou de alguns, é enriquecimento sem causa (injustificado) ; porém, ainda que se não prove esse enriquecimento, o ato é repelível pela ação cominatória, pela caução de dano infecto, pelas ações de posse e pela de reivindicação, conforme os respectivos princípios e pressupostos.

Além do apartamento, pode ser parte divisa: a) a garagem; *b)* a sala ou área de baile; e) o pavilhão; *d)* a área localizada para malas ou outro depósito; *e)* o terraço lateral, interno ou acima do teto; *f)* a área para jogos; g) área no teto; *19*" o sótão; *i)* área no quintal ou no jardim; *j)* a cabine no andar térreo para chamar pessoa do apartamento. O saber-se se o apartamento do último andar ou o último andar tem parte domínica no teto *(* = sobre o teto) é assaz relevante, porque a construção em cima, como se os outros comuneiros não tivessem também o uso, supõe que o que deseja construir seja dono e tenha o uso exclusivo. Não basta que tenha o uso comum, nem que seja dono; é preciso que seja dono e tenha o uso exclusivo do todo ou área determinada. Não basta que não modifique, como querem alguns, a destinação.

Quanto à colocação de cartazes, anúncios, dísticos luminosos e outros reclames, o problema no direito brasileiro é o mesmo para o teto como para outras peças ou partes de uso comum. A destinação do prédio muito importa.

Não fica bem a edifício de apartamentos residenciais a aposição de cartazes comerciais, ou de propaganda política, se o faz um dos comuneiros, ou só alguns *(aliter,* todos). Os avisos publicitários dos próprios edifícios comerciais dependem do uso exclusivo, ou *pra parte.* O comuneiro do andar térreo ou de algum outro andar não pode pôr cartaz ou títulos, de modo que a área de colocação útil fique toda ocupada, ou a ponto de não poderem os outros comuneiros fazer o mesmo. Nem de jeito tal que pareça que o edifício todo é subordinado àqueles dizeres ou Utulo. Se a parte superior *(* = sobre o teto de agora) é *pars dominica* de algum. comuneiro, a aposição depende da destinação do prédio, porque se hão de satisfazer todos os pressupostos da usabilidade da parte divisa.

Se o teto é comum, a aposição só se permite por um ou todos menos um se não prejudica a estrutura, o aspecto arquitetônico e a estética do edifício, ou a destinação residencial. Nem sempre a colocação ofende a destinação (sem razão, 13. Gumí, *1 Rapporti di Condominio sulie case,* 62) ; mas, se ofende, é vedada.

A colocação de antenas para rádio é permitida sempre que o lugar não é impróprio. Não é preciso o consentimento unânime. Se há lugar próprio, ou se foi determinado, antes, o lugar, conforme o ato constitutivo, ou deliberação unânime posterior, ai é que se hão de pôr. Se há algum dano aos outros comuneiros, ou a algum deles, tem de ser indenizado, prévia-mente, ou por acordo, ou judicialmente.

3.VIZINHOS LIVRES E VIZINHOS LIGADOS. Nenhum doe vizinhos, livres ou ligados, pode demolir a sua casa, ou apartamento, de modo a derruir ou danificar a parede comum. Havemos de fazer os mesmos raciocínios a respeito dos telhados comuns ou qualquer cobertura comum, ou das lages horizontais que são solo de um e cobertura de outro apartamento.

Em tudo que é comum, as despesas feitas e proveitosas à comunhão são comuns. Note-se que, no caso dos apartamentos, há despesas *comuns* de todo o edifício, despesas *comuns* de cada andar, despesas *comuns* de cada lance vertical, despesas *comuns* a dois vizinhos (o de baixo e o de cima; o do apartamento A e o do lado esquerdo, ou do lado direito; o da frente e o do fundo, etc.) ; as despesas *comuns* aos andares servidos por elevador. Se os apartamentos são em mais de um edifício, há, além dessas, as despesas *comuns aos edifícios.*

Cada interessado em despesa *comum* tem pretensão a que se faça tal despesa, ação contra os outros condôminos interessados na despesa comum para que se autorize a despesa e ação para cobrança da despesa feita.

Contra o condômino que faz a despesa tem o que é interessado ação de asseguração‟ do risco da obra. Também a têm os outros condôminos a que não interessa fazer-se a obra.

4.VIZINHOS EM LINHA VERTICAL E EM LINHA HORIZONTAL.

Comuneiros *pro diviso* são, quase sempre, vizinhos paredes-meias em linha horizontal e em linha vertical. Se não há paredes-meias laterais, ou de fundos, por serem todos os apartamentos nas extremidades do edifício e separados pelos corredores, ou pelos vãos ou escadas, são

vizinhos em linha vertical. Em todo o caso, é concebível o edifício em que, ainda na linha vertical, haja andares ou partes de andares comuns sobre e sob os apartamentos, de modo que estejam, de lado, por cima e por baixo, cercados de espaços comuns. Não é de esperar-se que isso aconteça com freqüência.

5.OBRIGAÇÕES. A comunhão gera as obrigações de participar *a)* nos encargos referentes à conservação, custeio, reparação e reconstrução do todo e das partes comuns, l O nas despesas de administração do que é comum, *c)* nos prêmios dos seguros comuns, impostos e taxas comuns. Sempre que a lei considera dever dos donos do edifício algum pagamento, ato ou omissão, os comuneiros são obrigados em comum. A solidariedade depende da lei de direito público, ou porque repute indivisível a obrigação ou a sanção, ou porque, explicitamente ou em termos de que se infira, estabeleceu a solidariedade. O fato de ser comum o interesse produz, só por si, comunidade do dever, não solidariedade. A solidariedade pode resultar do ato constitutivo, do regulamento ou de outra convenção posterior.

Então, a pretensão do credor dirige-se a qualquer dos devedores, que tem de pagar toda a dívida, ou executar a obrigação de fazer ou não fazer. O comuneiro ou comuneiros que executam têm ação regressiva contra os outros.

Cf. Código Civil, arts. 896-915.

§ 1.397. Uso dos apartamentos

1.MODIFICAÇÕES E MELHORAMENTOS. Nos seus apartamentos, os donos podem introduzir as modificações que entendam, ou se trate de melhoramentos, ou de acréscimos, ou de diminuições, ou outras inovações. Desde qúe se não afastem do ato constitutivo, ou alguma convenção unânime posterior, a subdivisão e a retirada de paredes, portas, janelas, ou outras aberturas ou fechamentos internos são sempre permitidas.

Outrossim, é do seu arbítrio qualquer mudança de luz, gás, água, ou outro serviço, dentro do apartamento ou na parte externa privativa.

A abertura de janelas para parte indivisa precisa do consentimento dos comproprietários das partes indivisas, porque se trata de servidão; não basta a dos que têm o uso comum, se há outro comproprietário. Idem,

o alargamento, ou a elevação da janela já existente, ou a sua transformação em porta.

2.HABITANTES. Para as pessoas que hão de habitar cada apartamento não há número fixo máximo. *A priori,* depende do dono do apartamento, ou de quem tenha o seu uso. Se, porém, são tantas que prejudicam o asseio, a paz, o **505-**sego ou a conservação das partes comuns, dá-se *abuso do direito* (Código Civil, art. 160, 1). Aqui, é de toda a pertinência separarem-se o *abuso do direito* e a *limitação* ao conteúdo do direito de propriedade, segundo já mostramos. O fato de mal-usar o dono ou o inquilino ou pessoa que lhe seja subordinada, inclusive sublocatário, o apartamento, a ponto de "prejudicar a segurança, o sossego e a saúde dos que a habitam" (Código Civil, art. 554), perfaz a ofensa ao *direito de vizinhança* por esse dono ou inquilino. Se o dano não vai até ai, isto é, até esse ponto de prejuízo à segurança, sossego ou saúde, tem-se de pensar no *abuso do direito.* Se algum dos habitantes deixa cair cigano, que marca, ou destrói tapete, o ato não é só abuso do direito, nem ofensa à propriedade pela relação da vizinhança, é ato ilícito *sensu strieto,* e a responsabilidade seria pela culpa Aquiliana.

Mas, por se tratar de vizinho, não se exige culpa.

As regras jurídicas concernentes aos direitos e deveres de vizinhança incidem, integralmente, a respeito dos comuneiros. São vizinhos, como os outros. Pretende-se, é certo, que regras jurídicas como a dos arts. 581-583 têm de ser interpretadas, quando se trata de apartamentos, com outra elasticidade; porém não é de admitir-se tal adoçamento da lei.

3.FusÃo DE APARTAMENTOS. A fusão de apartamentos, desde que não contravenha o ato constitutivo, ou convenção posterior, nem atinja a estrutura ou a destinação do edifício, ou do andar, é permitida aos donos de apartamentos. Não importa se a ligação é horizontal (no mesmo andar), ou vertical .(dois ou mais andares). Se, com isso, viola a destinação do edifício, ou a estrutura, são adequadas a ação cominatéria, a caução de dano infecto, a nunciação de obra nova, as ações possessórias e a reivindicação, conforme os respectivos pressupostos.

As ligações (passagens pênseis, por exemplo) por espaço comum dependem. da unanimidade. Antes, *§* 1.390.

4. TETO E SOALHO-E-TETO. As alterações no teto-e-soalho ou no

soalho-e-teto regem-se pelos mesmos princípios a que se submetem os atos concernentes às paredes-meias. Também não podem atingir a estrutura do prédio e mais partes comuns.

§ 1.398. Incêndio do edifício e dos apartamentos

1.PRINCÍPIOS GERAIS. A responsabilidade pelo incêndio do edifício rege-se pelos princípios comuns. O dono ou inquilino do apartamento é vizinho do outro. O inquilino do apartamento responde como responderia o inquilino da casa. É preciso ter-se toda a cautela em não se invocarem regras que não são, precisamente, as do Código Civil.

No caso de incêndio, a indenização destina-se à reconstrução, que é com a mesma forma externa e a mesma distribuição interna de diviso e de indiviso, salvo acordo unânime em contrário (Lei n. 5.481, art. 6.~, parágrafo único). A regra jurídica tem incidência em qualquer outro caso de perecimento do edifício, funcionando a última parte do parágrafo único do art. 6.0 como *ius dúpositivum.* O art. 6.0 dissera: "Se não for preferido o seguro em comum, cada proprietário de apartamento segura-lo-a obrigatoriamente contra incêndio, terremoto, ciclone ou outro acidente físico, que o destrua em todo ou em parte".

Se a perda não foi total, ou não foi a ponto de exigir"reconstrução do edifício, o seguro comum serve a ela; se o seguro foi *pro yarte,* tem de ser aplicada a cada parte classificada ou destruida a indenização. Alguns credores *propter rem* tem direito de preferência (arts. 1.566, 11-1V, e 1.558, 1 e II); eles e os credores pessoais somente podem penhorar o terreno e as partes da indenização, sem impedir x início, ou a continuação das obras. A indenização está destinada e não pode ser desviada de seu destino, porque lesaria a comunidade dos interessados.

Não há renúncia liberatória; teria de ser bilateral o contrato entre o comuneiro obrigado à reparação ou reconstrução e o que ofertasse ou aceitasse ficar com a quota no terreno e a parte na indenização. A renúncia somente teria eficácia *ez rnnw,* ficando *res nuilius* o terreno e a própria parte na indenização comum. Diga-se o mesmo no caso de ser dono de dois ou mais apartamentos, ou de todos. Se recebeu a indenização parcial, a renúncia só diz respeito à propriedade imobiliária; se havia dever de reconstruir ou reparar, a indenização, ainda parcial, não pode ser levantada.

2.EMPREGADORES E EMPREGADOS. A responsabilidade dos empregados comuns e a dos empregados privativos regula-se à

semelhança da responsabilidade dos empregados comuna ou dos vizinhos, se, em vez de apartamento, fosse casa o lugar em que se deu o incêndio.

3.DIVISO E INDIVISO. A indenização obedece à separação entre o diviso e o indiviso. Onde se deu o dano é que se há de repor o que estava. Quanto ao indiviso, entende-se que se há de reparar ou reconstruir de acordo com os quinhões.

Ouso comum danoso faz solidária a obrigação.

4.RECONSTRUÇÃO. Se um dos comuneiros foi o responsável pelo incêndio, a reconstrução é por sua conta.

Diga-se o mesmo se a causa da perda não foi incêndio. Se a indenização basta à reconstrução, ainda o comuneiro é responsável pelos danos materiais e morais que causou com o seu ato culposo Carts. 159 e 160, *ez argumento)*.

§ 1.399. Reconstrução do edifício

1.LEI ESPECIAL. A reconstrução obedece ao art. 69, parágrafo único, da Lei n. 5.481, que se há de observar ainda quando não tenha sido incêndio o que a tornou necessária:“A reconstrução será sempre feita, guardadas obrigatoriamente a mesma forma externa e a mesma disposição interna, salvo o acordo unânime de todos os condôminos

No sistema jurídico brasileiro, o proprietário do último andar não tem o direito de elevar outro andar, ou fazer construções sobre o teto. Não há regra jurídica que o diga, como em outros sistemas jurídicos (cf. italiano, art.

1.127). O direito de sobreedificação ou de sobreelevação somente pode resultar do ato constitutivo ou de deliberação unânime posterior. Concebe-se, então, ou como direito de dilatação da parte divisa, ou direito de construir outra parte divisa (não outro apartamento), ou direito à construção de outro apartamento,“ o que só se concebe come fundado em quota à parte no terreno, isto~, o titular tem de ser *dominus soU.* Se foi estabelecido, por exemplo, que a parte do comuneiro a é o dôbro do que é parte dos outros comuneiros e lhe foi conferido direito a nôvo andar, entende-se que, ao fazê-lo, ao nôvo andar corresponde metade da quota primitiva, como se tivesse sido

reservada.

Se não houve conferimento do direito de sobreelevação no ato constitutivo, ou em deliberação unânime, é irregistrável qualquer conferimento pelos incorporadores que o não previram ao registrar-se o edifício de apartamentos. Ao que exerce o direito de sobreelevação incumbem todas as despesas que se tenham a fazer, a mais, nas partes indivisas (eletricidade, água, esgotos); indenizados os prejuízos que sofram os outros comuneiros e reparados os estragos. Outrossim, as reparações que tenham de vir, mais tarde, devido ao incremento dos serviços

2.RECONSTRUÇÃO TOTAL E PARCIAL. A reconstrução total é para os comuneiros e por conta dos comuneiros, ou da indenização do seguro, ou da desapropriação, ou da condenação, segundo os quinhões, ainda que o condenado seja um dos comuneiros. A reconstrução parcial restaura a parte indivisa ou divisa que foi destruida, de modo que se dê a reposição material e jurídica do anterior estado de coisas. Se concerne ao indiviso, qualquer alteração no plano reconstrutivo depende da unanimidade dos comuneiros. Se concerne ao diviso, a alteração, que poderia ter sido feita antes, pode ser feita na reconstrução, total ou parcial, ainda sem o consentimento dos outros comuneiros, desde que, se feita em comum, dentro das verbas do orçamento.

3.PLANO RECONSTRUTIVO. Se alguma alteração no plano reconstrutivo, relativa às partes indivisas, *precisa ser feita,* ou *foi adotada* pelos comuneiros, unânimemente, ou tem de caber no orçamento da reconstrução, ou se faz o orçamento especial a que se refere a Lei n. 5.481, art. 10: “As obras que interessarem à estrutura integral do edifício, ou ao seu serviço comum, serão feita com o concurso pecuniário de todos os proprietários de apartamentos, mediante um orçamento prévio aprovado nos termos do artigo anterior, podendo delas ser encarregado o administrador a que se refere o art. **5~O”** □ Note--se, desde já, que o fingI do art. 10 não é *ius dia positivum,* nem cogens: o administrador não se presume autorizado, nem é preciso que o seja. *Na dúvida,* como se não é claro o texto, entende-se que o foi. Se a obra é *necessária,* decide a maioria; se é *útil,* a unanimidade. Se é necessária ou não, à justiça toca dizê-lo, havendo discrepância entre os comuneiros. Nesse caso, qualquer um tem pretensão a fazê-la, ainda que todos os outros discordem. As despesas são comuns.

4.DESPESAS. Se a destruição foi parcial e não há verba de seguro, ou de indenização, para a restauração, corre por conta dos donos das partes divisas atingidas e por conta dos comuneiros das partes indivisas atingidas, respectivamente. Mas é parte indivisa o esqueleto e o mais que é comum dentro do próprio diviso. Por conseguinte, as paredes mestras são reconstruidas por conta de todos. As paredes-meias e os tetos-e-soalhos ou soalhos-e-tetos, por seus respectivos donos.

5.AÇÕES. Se o seguro não basta para o custeio da reconstrução, ou se não basta outra indenização, os interessados

tem de completar a soma necessária, segundo os seus quinhões no edifício, ou na parte a ser recomposta. Se algum se recusa, cabe ação contra êle, condenatória, ou cominatória. Não há. no direito brasileiro, o abandono do direito relativo ao apartamento com aquisição pelos outros comuneiros. O caminho é o da cobrança e execução, 2.

VO

TO

S. sendo penhorável o direito à reconstrução, isto é, *ao apartamento,* Os comuneiros dos andares de A

ma cima não podem renunciar à reconstrução; são obrigados a ela (Lei n. 5.481, art . 6.~, parágrafo iori único).

a é

pel

as 6. AMEAÇA DE RUÍNA, No caso de ameaça de ruína, ou outro dano iminente, que o edifício pro possa produzir, qualquer dos donos de apartamentos tem contra os outros, que não queiram pri

eda reconstruir, a ação cominatória e a ação de dano infecto (Código Civil, arts. 554 e 555; Código de des Processo Civil, arts. 802, VIII, e 408). Se a parte só é comum a dois, ou alguns, contra esses se

, e dirige a ação. Também têm a ação de condenação. Às vêzes é conveniente se só se suspeita de não

pel perigo a ação declaratória do direito de vizinhança.

os

qui

nh *§* 1.400. Unanimidade e maioria

ões

, ao

con1.DECISÃO. Quando se exige a unanimidade, exige-se a pluralidade de declara~5es acordes, que trár se fundem; quando se exige maioria, satisfaz-se a lei ou a convenção fundamental com a io "decisão", contra a qual não têm eficácia as vozes ausentes ou discordantes. O silêncio opera do

quequa

ndo o comuneiro sabia que o seu silêncio se contaria como *tal* declaração, ou comunicação de ocovontade, ou que a ~ua ausência não influiria na decisão tomada para invalidá-la.

rre

co

m A maioria pode deliberar quanto à gratuidade ou a retribuibilidade da administração e sobre a o

conduração do mandato, salvo se o ato constitutivo ou a regulação unânime já se manifestara a do respeito. Cabe o art. 1.820, em caso de denúncia do contrato pelo administrador, embora se trate mí

nio s

em razão, salvo se sonvencionou o contrário a qualquer mandato (art. 1.817, 1), ou se o (C mandato é irrevogável, mas há faltas graves na administração, ou é acusa sério temor de dano, ódi

go trata-se prestação de contas bilateralizado, pois que a contrato trato como bilateral podem ser Civinvocados os arts. 1.092, se prende, . Se houve doação dos proventos, e parágrafo á administração il,

art. dur

ante algum tempo, os donatários a ser invocados, em ação própria.

7).

A 8.CONSELHO DE ADMINISTRAÇÃO. Diz 11, *a.),* que é vedado a qualquer a forma externa da Lei f achada dos apartamentos dos compartimentos. Porém, têm de completar a soma necessária, n.

5.4 segundo os seus quinhões no edifício, ou na parte a ser recomposta. Se algum se recusa, cabe ação 81, c

ontra êle, condenatória, ou cominatória. Não há, no direito brasileiro, o abandono do direito art.

9,0 relativo ao apartamento com aquisição pelos outros comuneiros. O caminho é o da cobrança e

,

execução, sendo penhorável o direito à reconstrução, isto é, *ao apartamento.* Os comuneiros dos fal

a andares de cima não podem renunciar à reconstrução; são obrigados a ela (Lei n. 5.481, art. 6.0, de parágrafo único).

“de

cis

ões 6.

AMEAÇA DE RUÍNA. No caso de ameaça de ruína, ou outro dano iminente, que o edifício dá possa produzir, qualquer dos donos de apartamentos tem contra os outros, que não queiram ma

iori reconstruir, a ação cominatória e a ação de dano infecto (Código Civil, arte. 554 e 555; Código de a”, Processo Civil, arts. 802, VIII, e 408). Se a parte só é comum a dois, ou alguns, contra esses se O

me dirige a ação. Também têm a ação de condenação. Às vêzes é conveniente se só se suspeit a de sm perigo a ação declaratória do direito de vizinhança.

o le

se

no § 1.400. Unanimidade e maioria

art.

8.0

:

1.DECISÃO. Quando se exige a unanimidade, exige-se a pluralidade de declarações acordes, que a".. se fundem; quando se exige maioria, satisfaz-se a lei ou a convenção fundamental com a

.

por "

decisão", contra a qual não têm eficácia as vozes ausentes ou discordantes. O silêncio opera ma quando o comuneiro sabia que o seu silêncio se contaria como *tal* declaração, ou comunicação de iori

a vontade, ou que a sua ausência não influiria na decisão tomada para invalidá-la.

de

vot 2.VOTOS. A maioria é pelas propriedades, e não pelos quinhões, ao contrário do que ocorre com os

dos o

condomínio (Código Civil, art. 687). A Lei n. 5.481, art. **9º,** fala de "decisões da maioria". O

conmesmo lê-se no art. 8.0: ".. . por maioria de votos dos condôminos". Já dissemos que esse dô

mi elemento pessoal é eliminável pelo ato constitutivo ou convenção unânime posterior.

nos A maioria pode deliberar quanto à gratuidade ou a retribuibilidade da administração e sobre a

".

Já

dis

se

mo

s

que

ess

e

ele

me

nto

duração do mandato, salvo se o ato constitutivo ou a regulação unânime já se manifestara a respeito. Cabe o art.

1.320, em caso de denúncia do contrato pelo administrador, embora se trate de denúncia vazia; a invocação dos arts. 1.899, V, 1 .404-1.406 seria absurda (D. R. PEBETTIGAIVÁ, *Ii Condominio di case divise,* 376 5.; G. A.

NOrnLE, *L"Ãmmit&UtTatCfle dei condominio,* 28; A. Vísco, *Le Case in condoini?tio,* 247; sem razão, G.

BRANCA, *Deita Proprietà,* 410).

A maioria pode revogar o mandato, a qualquer tempo, salvo se convencionou o contrário, ou se em causa própria o mandato (art. 1.817, 1), ou se há cláusula explícita ou implícita em negócio jurídico a que se ligue a investidura (art. 1.817, II), como se o administrador é credor anticrético. Se o mandato é irrevogável, mas o administrador é acusado de faltas graves na administração, ou não presta contas, ou há sério temor de dano, trata-se o contrato como bilateral ou bilateralízado, pois que a contrato bilateral se prende, e podem ser invocados os arte. 1.092, □

2 a

alínea, e parágrafo único. Se houve doação dos proventos, conferindo-se ao donatário a administração durante algum tempo, os arts. 1.184-1.187 podem ser invocados, em ação própria.

3.CONSELHO DE ADMINISTRAÇÃO. Os comuneiros podem criar, se o ato constitutivo não criou, conselho de administração, que exerça funções consultivas e de fiscalização.

4.DISCRIMINAÇÃO DOS COMPARTIMENTOS. Diz o art.

11, a), que é vedado a qualquer proprietário de apartamento mudar a forma externa da fachada ou a distribuição interna dos compartimentos. Porém, em geral, as alterações que sejam são proibidas, ainda que sustente quem a fêz sejam vantajosas para todos; não, se o *iwvum* não altera a unidade arquitetônica ou estética do edifício, ou não traz característica particular, ou efeito chocante, ou discrepante. Sempre que a inovação é vedada, torna-se permitida se todos consentem. Qualquer alteração ou construção, ou plantação, que precise de unanimidade, há de ser por escrito, no qual se consinta e se dê ordem para execução, ou se deixe a líbito de algum comuneiro, ou à verificação da oportunidade pelo administrador. Se o comuneiro fez a obra antes do consumo unânime, agiu como gestor de negócios, expondo-se a ter de desfazer o que foi feito e reparar o lugar em que fêz ou de manter a unidade de arquitetura ou de pintura, além das perdas e danos. A ratificação opera os seus efeitos como se tivesse havido unanimidade na deliberação. A convocação, segundo os princípios, pode conter, com a explícita indicação suficiente da obra a fazer-se, a cláusula de se ter a não-comparência como consentimento.

Se a obra compromete a estabilidade ou a segurança do edifício, ou os requisitos exigidos pela saúde pública, seria ilícito o objeto das manifestações de vontade. Aqui, se só um dos comuneiros, ou alguns consentem, não há a ineficácia dos atos de gestão de negócio alheio; há a *nulidade,* razão por que a ratificação posterior não os eficacizaria (os atos jurídicos nulos são irratificáveis). Nulo seria o consentimento unânime. nação ou de constituição de direitos reais sobre o prédio comum. ainda que somente para algum ou alguns dos comuneiros, o consentimento do lesado ou dos lesados é o consentimento que serve de elemento aos atos de disposição. Ou, com isso, o comuneiro alienou ou os comuneiros alienaram quotas na parte indivisa, ou o comuneiro admitiu ou os comuneiros admitiram servidão em parte indivisa. Os requisitos de fundo e de forma têm de ser satisfeitos.

Se não se trata de obra, ou se trata de obra, mas a restrição ao uso é a favor de pessoa estranha, é evidente que têm de consentir todos os comuneiros. *A fortiori,* se o ato é de alienação ou de constituição de direitos reais sobre o prédio comum.

Também o colocar móveis nos corredores e partes indivisas de uso comum é dependente de estar, ou não, dentro da destinação do prédio e da parte e de não ofender a arquitetura ou a decoração do edifício.

As inovações que não sejam vedadas nem dependentes de unânime consenso, por serem para melhor uso comum, podem ser adotadas pela maioria. Ali ás, para o seu uso, sem ofender os dos outros, poderia fazê-las o próprio comuneiro interessado. O que entra na esfera do seu direito e não lesa a outrem é permitido; *& fortiori,* à maioria.

Se a obra ou acréscimo ou pertença é suscetível de impedir a algum condômino ou a alguns ou a todos os outros o uso da coisa, têm eles de ser ouvidos. Claro é que, também aqui, não pode a maioria aproVar alterações, acréscimos ou pertenças que possam prejudicar a estabilidade ou segurança do edifício (a deliberação seria nula, como o seria a deliberação unânime, que alterasse a unidade arquitetônica ou a decoração do edifício), porque é vedado pelo art. 11, a), l parte. Nenhuma obra ou alteração que diminua o conteúdo do direito de propriedade dos comuneiros, ou exclua o uso comum, ou prejudique a algum dos comuneiros, pode ser feita por simples deliberação da maioria. Idem, se atinge a destinação do edifício.

§ 1.401. Administração do edifício de apartamentos

1.COMUNIDADE. A administração dos edifícios de apartamentos não se diferencia, principio logicamente, da administração dos condomínios só regidos pelo Código Civil. Porque a comunhão nos edifícios de apartamentos compreende indiviso e diviso; a comunhão do condomínio somente contém indiviso; mas a administração daquela também se restringe ao indiviso; a administração não administra *dentro* dos apartamentos. De modo há princípios comuns.

Diz o art. **8.0:** “A administração do imóvel, no que respeita aos serviços que interessam a todos os moradores, como sejam os de esgoto, água, iluminação, telefone, elevador, asseio, desinfecções, vigilância interna e portaria, caberá a um dos proprietários do apartamento ou a terceiro eleito bienalmente ou antes, em casa de vaga, por maioria de votos, dos condôminos E o parágrafo único: “Tais funções podem ser delegadas pelo mandatário a pessoa de sua confiança e sob sua responsabilidade”. A nomeação de administrador é permitida, ainda que dois ou três, apenas, os comuneiros. A duração da administração é determinada, sem que tal administrador entre na

categoria dos possuidores imediatos (art. 486) : posse imediata só há uma e essa é exercida, nas partes divisas, pelo comuneiro ou pela pessoa que as ocupa, e, nas partes indivisas, em com posse, pelos comuneiros que tem o uso comum. Se ao administrador se reserva escritório ou residência e escritório no prédio, tem a posse imediata daquela peça ou dessas. O administrador é mandatário dos condôminos, a que se confere posse mediata intercalar.

Se não pode haver reunião de comuneiros, ou não chegaram a deliberação, e algum condômino não exerceu provisoriamente a administração, pode ser pedida ao juiz a nomeação de administrador que sirva até a regulação da matéria pelos comuneiros. Se a maioria escolheu o administrador, válida e eficazmente, não pode o juiz intervir.

O administrador é mandatário. Não é órgão. Comunhão *pro diviso, c* omo condomínio, não é pessoa jurídica. O

contrato entre o administrador e os comuneiros, através do voto da maioria, que é expediente de expressão de vontade, é de mandato. Toda assimilação da comunhão em edifício de apartamentos às pessoas jurídicas é errônea: se há pessoa jurídica, que seja dono do prédio, deixou de haver comunhão, e a propriedade éexclusiva. A classificação do administrador do edifício de apartamentos como órgão orça por au surdo e foge à ciência (cf. D.

R. PERETTI-GRIVA, *li Condominio di case divise,* 389-895; absolutamente sem razão, G. BRANCA, *Delia Proprie* ti, 405). Na afirmação de ser órgão está implícita a de ser pessoa jurídica a coletividade dos comuneiros, o que é inadmissível (Tomos 1, *§§* 75, 86, 91 e 94-98, III, *§§* 808, 1, IV, *§§* 441, 446, 8, 450, 5, e 451, e X, *§§*

1.069, 1, 1.071, 2, 5, e 6, 1.079, 4, 1.090, 3-6, 1.100, 8, 1.184, 2, 1.156, 2 e 3): se personalidade jurídica, ela, e não os comuneiros, é a dona de tudo, sem se poder pensar em partes divisas dominicais. Ainda se o juiz nomeia o administrador, o administrador é gestor de negócios por ato constitutivo do juiz, e não órgão, nem, sequer, órgão do Estado: o provimento dele é em lugar do administrador que deveria ter sido escolhido.

O administrador somente é mandatário com poder de representação se houve a outorga. Não é órgão, nem tem, necessariamente, poder de representar, ainda se é um dos comuneiros. Dificilmente a figura do administrador entra noutra categoria que a do mandato (gestor de negócios alheios, credor anticrético, síndico de falência). São pontos

dignos de toda a atenção.

Se o administrador é mandatário, incidem os arts. 1 .316 e 1.823, inclusive as regras jurídicas relativas à revogação e à denúncia (que os arts. 1.816, 1, e 1 .820 chamam, imprópria-mente, renúncia). Se, terminado o prazo, não há confirmação, resolve-se conforme o regulamento: a terminação é *ipsa inre,* art. 1 .816, IV, □

1 a

parte; salvo se foi preestabelecida a solução: no intervalo entre a investidura e a nomeação de outro, o administrador é gestor de negócios alheios; a confirmação é ratificatária. Não há confirmação tácita, salvo por atos de todos os comuneiros; *e.* ti., se todos lhe vão pagar as contas. No sistema jurídico brasileiro, tal a solução.

Pelo ato ilícito do mandatário respondem todos os comuneiros, porque a nomeação partiu de todos, através da maioria, mero expediente de expressão da vontade e solução técnica do problema das discordâncias. A reUnião dos comuneiros não é órgão, é expediente de captação de vontade (Tomo III, *§* 288; cp. Tomo 1, *§* 90, 3).

A reunião tem de ser segundo os princípios de convocação e votação, observando-se o que o ato constitutivo ou o regulamento hajam estabelecido. Tudo se passa à semelhança das reuniões para nomeação de administrador do condomínio. O registro da nomeação confere-lhe eficácia *erga omnes.*

(a)É comum a *administração,* como é o *uso.* Não há dever de administrar, por parte de qualquer dos comuneiros, quer no caso de comunhão *pra indiviso,* quer de comunhão *pra dirão;* pOsto que se possa criar tal obrigação por alguma convenção (O. WARNEYER, *Kommenta.r,* 1, 1179), ou no ato constitutivo, ou no regulamento (unânimemente).

(b) Cada um dos comuneiros pode tomar a medida que entender *necessária* à conservação do bem comum, ainda sem consentimento dos outros. Tem pretensão a que os outros se manifestem, previamente, sobre isso; e a ação para que se manifestem (Código de Processo Civil, art. 702-724), inclusive a ação do art. 1.006 do Código de Processo Civil (O. WARNEYER, *Kommentar,* 1, 1180, sobre o *§* 894 da Ordenação processual alemã, que foi uma das leis inspiradoras do art. 1 .006). O direito dos comuneiros a essas medidas, que resultam da natureza da comunhão, não pode ser escluido ou restringido pelo voto da maioria (P. OERTMANN, *Aligemeiner TeU,* 2.~

ed., 904).

(c) Os comuneiros podem escolher algum deles, ou estranho, para administrador, com ou sem representação (procuração) judicial ou extrajudicial. Resolve a maioria, que é calculada pela *maioria de votos,* conforme o valor dos quinhões (Código Civil, art. 587), se condomínio; conforme o número de comuneiros, na comunhão *pro divisa.*

Já aqui a diferença começa: *a)* a pessoa do comuneiro, no edifício de apartamentos, é de importância, e a lei excluiu a incidência do Código Civil, art. 687, onde se diz: "A maioria será calculada, não pelo número, senão pelo valor dos quinhões"; pois que estatui como *lez specwlts* (Lei n. 5.481, arta. 8.0: por maioria de votos dos condôminos; 9. " decisões da maioria"). O ato constitutivo, o regulamento ou outra convenção pode adotar a decisão por maioria dos quinhões, apagando o elemento pessoal do voto.

(d) As deliberações somente obrigam, se foram tomadas por unanimidade, ou por maioria calculada conforme os arta. 8.0 e 9□O da Lei n. 5.481, ou segundo convenção que afaste o elemento pessoal (arg. ao Código Civil, art.

687, *§* 1.0) -

(e)O comuneiro que administrar "sem oposição dos outros", quer se trate de comunhão *pro indiviso,* quer de comunhão *pro diviso,* "presume-se mandatário comum" (Código Civil, art. 640), quer dizer de cada um dos comuneiros. O estranho não tem, por isso, essa presunção; cabe-lhe o ônus de afirmar e de provar o mandato, ou outra relação entre os comuneiros e ele.

2.O QUE COMPREENDE. A administração compreende, *exempuficativamente,* os serviços concernentes a esgotos, água, luz, telefone comum, elevadores (exceto os de dentro de apartamentos dúplex ou múltiplo), asseio, desinfecções, vigilância interna e podaria; mais, salvo restrição devidamente feita e *eficaz,* tudo que não é de mudança *material* ou *juridica* do estado atual do prédio de apartamentos. Adiante, *§* 1.403.

3. COMUNEIRO. Se não foi, ou enquanto não for escolhido o administrador, qualquer do comuneiros pode praticar atos de administração, exceto se já anuiu em que algum deles exercesse o cargo, porque, nesse caso, só à assembléia é dado retirar a *anuência*

dos comuneiros que se não opuseram.

4.REGRAMENTO. Não há direito ou pretensão dos comuneiros a que seja escolhido *uni* dos comuneiros, em vez do estranho. Naturalmente, se há indicação de algum, ou se algum se candidata, tem-se de submeter, primeiro, à deliberação da assembléia se deve ser *condômino* ou *estranho* o administrador, ou propor-se, desde logo, o nome de. algum, ou do comuneiro que se candidatou. Se, resolvido, por unanimidade, que *só* se escolhesse comuneiro, nenhum dos apresentados adquire maioria de votos, ou os comuneiros, por unanimidade, resolveram o contrário, ou, dada a situação de dificuldade invencível, qualquer deles vai a juízo para que o juiz *nomeze.* Para evitar essa contingência, é conveniente propor-se o nome de algum dos comuneiros, depois outro, até que se tenha de passar à escolha de estranho.

A nomeação pelo juiz, no direito brasileiro, é cautelar; salvo se previu, no ato constitutivo, que o juiz nomearia se não se reUnissem, ou não chegassem a acordo os comuneiros. No caso de empate, incide o art. 637, *§* 2 Y, cogentemente (ad. 641). Se a nomeação é cautelar, a decisão é contenciosa; se não é cautelar, mas em caso de empate, ou quando a previram no ato constitutivo ou em regulação os comuneiros, administrativa (assim se supera a discordância entre os que pensam como N. e E. STOLFI, *Nuovo Codice Civile,* III, 409, e os que, afirmando a contenciosidade, pensam como TI. Gumi,

IICondominio, 222 e G. A. NORILE, *L"Amministratore dei condominio,* 21). Mas basta que haja questão prévia sObre a existência do direito a pedir a nomeação, ou de poder o juiz nomear, para que a contenciosidade se estabeleça.

5. FUNÇÕES. Ao administrador, comuneiro ou não, é facultado atribuir a outrem alguma, ou algumas, ou tOdas as funçóes, mas assume inteira responsabilidade da escolha e da gestão. Ele, e não o preposto, é chamado a juízo, exceto ao criminal. A Lei n. 5.481, art. 8.0, parágrafo único, estatuiu:

"Tais funções podem ser delegadas pelo mandatário a pessoa de sua confiança e sob sua responsabilidade". A regra é *dispositiva,* e não *ius cogens.* Nada obsta a que o ato constitutivo, o regulamento ou a convenção unânime exclua essa preposição, a posse precária, o serviço da posse, ou o quer que seja.

6.ADMINISTRADOR PLURAL. O administrador pode ser *plural,* solidário ou não, se foi exigido pelo ato constitutivo, pelo regulamento, ou pela convenção unânime. A maioria não pode exigir a pluralidade; se foi adotada pela unanimidade, por maioria escolhem-se os administradores.

7.DESIGNAÇÃO DO ADMINISTRADOR. Há pretensão dos comuneiros a que se escolha administrador (Lei n.

5.481, art. 80, *verbis* "A administração do imóvel ... caberá...").

Duas vêzes aludiu a lei escrita ao "mandato" quando o comuneiro, ou o estranho, na comunhão *pro diviso* e na comunhão *pro indiviso,* administra.

2.MANDATO. Donde três questões: se é realmente de *mandato* que se trata; quem é o *mandante;* se o mandato é só o *quod plerum que fit,* isto é, o que mais acontece; quais os poderes desse mandatário. A figura da pessoa a que se refere o art. 89, parágrafo único, merece exame separado.

3.ADMINISTRADOR. A figura do *administrador,* comuneiro, ou não, é na ordinariedade dos casos a do *mandatário.* O mandato pode ser substituido, ou combinado, ou subjacente ou sobrejacente a outro negócio jurídico. Quem alega essa substituição, combinação, subjacência ou sobrejacência tem de prová-la.

4. DIREITO BRASILEIRO. *Administrador* é como devemos chamar ao que exerce as funções de superintendência dos serviços comuns do prédio e de outros poderes, concernentes ao prédio, que lhe foram atribuidos. O nome de "síndico" é italianismo, que não corresponde à figura do administrador segundo a lei brasileira, nem há, no Brasil, "sindicato" de comuneiros. Ao nosso individualismo repugnam esses enxertos corporativos, com que escritores nossos, copiando livros estrangeiros, conspurcam o nosso direito. Já é tempo de pensarmos por conta própria, ou, melhor, de voltarmos a pensar por conta própria, bebendo a *ciência* note-se: a ciência onde quer que a encontremos. E fazermos *mais* do que os outros.

§ 1.403. Atos de administração

1. PODERES. Os atos de administração foram definidos antes *(§* 1.401). A Lei n. 5.481, art. 82, referiu-se a alguns. Se há despesa comum, presume-se que ao administrador caiba providenciar, se não se trata de alteração do edifício, ou na sua situação jurídica. Se o seguro é comum, é função sua pagar o prêmio; exceto se foi escolhido, para isso, algum comuneiro ou banco (ao administrador cabem o ônus de afirmar e o de provar). Dá-se o mesmo com os impostos e taxas *comuns,* inclusive contribuições de melhoria (Constituição de 1946, art. 30, 1).

Só se lhe atribui interromper prescrição, transcrever, inscrever, averbar ou registrar documentos, se o direito, a que se refere, está sob sua inspeção *(e. g.,* se trata de hipoteca de todo o edifício, ou servidão ativa ou passiva).

Defende a sua posse e, em nome dos comuneiros, a posse deles.

Se o administrador devia praticar o ato de administração, e não o praticou, ou se não era do seu dever a iniciativa, resolve-se com o exame da relação entre êle e os comuneiros. O arbítrio do juiz, em tal caso, seria absurdo, a despeito do que escrevem alguns monografistas. Toda conservação material urgente é necessária; e os próprios comuneiros não perdem esse poder de administração, ainda que haja administrador, comuneiro ou não.

2.NATUREZA DO ATO. Se um ato é de administração, ou se o não é, decide a natureza dele. Os comuneiros podem, na enumeração das funções do administrador, incluir alguns atos que não são de administração, ou excluir alguns que o são; não lhes é dado, porém, na apreciação posterior dos atos que o administrador praticou, decidirem, por maioria, ou por unanimidade, para os aprovar, ou não, que entram, ou não, na classe dos *atos de administração.*

Nas ações em que é sujeito ativo ou passivo o administrador e sujeito ativo o passivo algum comuneiro, sobre atos de administração do indiviso (não sobre atos que tenham causado dano, por exemplo, à parte divisa), os outros comuneiros do prédio são litisconsortes necessários, provavelmente unitários; e é por isso que a decisão judicial tem eficácia quanto a todos. É erro dizer-se que, se algum dos comuneiros provoca a interferência judicial, “o resultado obriga a todos”: sentenças declarativas ou de condenação somente tem eficácia de coisa julgada material, portanto *inter partes.*

Para os atos que exigem instrumento público ou particular, o

administrador tem de exibir o seu instrumento de poderes (Código Civil, art. 1.291). O administrador não pode transigir, exceto no que está nos seus poderes de cobrança judicial; porém não poderia, ainda assim, assinar compromisso (cf. Código Civil, art. 1.295, *§* 2.0).

8. GESTÃO DE NEGÓCIOS. O administrador que excede os seus poderes ou procede contra restrições que lhe foram

impostas é mero gestor de negócios, nesses atos; salvo quando os comuneiros, por unanimidade, os ratifiquem, por meio direto, ou indireto inequívoco. A eficácia da ratificação é a de direito formativo (A. **VON** TUHR, *Der Aligemeine Teu,* II, 2. parte, 289), mau, portanto, do que a eficácia da conferência de poderes, do mandato; porque os poderes de administração apenas são requisito prévio da conclusão de contrato, ao passo que a ratificação cria a relação contratual.

A ratificação por um só dos comuneiros só obriga a esse. Se o administrador é comuneiro, o seu ato não liga os outros comuneiros, porém liga-o como comuneiro; se o administrador, que excedeu os poderes, ou os infringiu, adquire algum dos apartamentos, ainda que *mortis causa,* ou por adjudicação, a ratificação, por parte dele, ou do alienante, é desnecessária:

é eficaz, quanto a êle, o negócio. Dá-se pós-eficacização, que de modo nenhum é caso de ratificação (sem razão, O. CROME, *System,* 1, 872).

II

4.PRAZO **DA** ADMINISTRAÇÃO. Os poderes do administrador expiram, *4so inre,* dois anos após a nomeação (arg. do art. 8.0, *in fite,* da Lei n. 5.481).

Dentro dos limites dos seus poderes de administração, o administrador obriga a todos os comuneiros, ainda aqueles que não compareceram à assembléia, ou não votaram, ou votaram contra êle, ou fizeram constar que se não responsabilizariam. A lei dá à maioria dos comuneiros a pretensão a convocar a totalidade deles e a escolher, por maioria, o administrador, salvo se, previamente, por unanimidade, se adotou solução diferente da que o *ius dispositivum* do art. 8.0 da Lei n. 5.481 assentou. É preciso prestar-se toda a atenção a esse ponto: a parte dispositiva do art. 89 somente pode ser afastada por deliberação unânime.

5.VIGILÂNCIA. A cláusula que exclui algum, ou alguns dos comuneiros, ou todos eles, de vigiar a ação do administrador, ou dos demais empregados comuns, é nula; bem assim a que tire a pretensão de se discutir e votar a respeito. Porém vale a que cria órgão para receber as reclamações.

6.ADMINISTRADOR E COMUNEIROS. O administrador pode exigir que os comuneiros se reúnam e deliberem, se alguns assuntos tem de ser resolvidos pela unanimidade dos comuneiros ou pela maioria. Incumbe-lhe as despesas de conservação, dentro do orçamento, não devendo intervir os condôminos, salvo em deliberação unânime, ou por maioria, conforme a espécie. É mandatário de todos, e não de um, ou de alguns. Tem de adstringir-se ao ato criativo e ao regulamento, que são como constituição e lei da comunhão *pro diviso.* Toca-lhe prover à disciplina do uso comum e dos serviços comuns, atendo-se, porém, às regras insertas no ato constitutivo au no regulamento. Se surge controvérsia entre o administrador e algum condômino, a questão tem de ser levada a juízo se maioria não resolve revogar o mandato. O administrador não tem função conciliatória entre condôminos; se a assume, assume-a como qualquer terceiro a poderia assumir, aceitando-o os interessados. Se a controvérsia prejudica a administração, deve tentar conciliar os interesses ou ir a juízo em ação declaratória da relação jurídica entre os comuneiros, para a qual é legitimado, processualmente, ou em ação contra o ato ilícito do comuneiro que lhe pareça infrator do ato constitutiva ou do

regulamento. A legitimação cessa com a revogação dos poderes eu outra causa de cessação do mandato,

7.DIVERGÊNCIA ENTRE ADMINISTRADOR E COMUNEIRO. Sempre que há choque entre os interesses do comuneiro, inclusive quanto ao uso da coisa comum, e a administração, pode o comuneiro convocar a todos para deliberação. Se a administração excedeu o mandato, a deliberação da assembléia é declarativa da relação jurídica entre o condômino e o administrador e pode ser declarativa do dano havido ou *in fieri.* A sanção que a reUnião tem é a revogação dos poderes. O comuneiro pode, em vez de convocar a reunião, ir, desde logo, a juízo; êle e o administrador podem ir a juízo contra o ato da assembléia, exceto o administrador, no tocante à revogação do mandato. A opinião que faz definitiva a deliberação da assembléia, ainda que contra o administrador, é contrária aos princípios. A assembléia pode dizer, para o futuro, qual o ato que o administrador não pode praticar, porém, quanto aos atos no I)assado, a declaratividade da deliberação abre portas à apreciação judicial (cf. Constituição de 1946, art. 141, § 4.0). Tão pouco seria de admitir-se a doutrina italiana de que o juiz pode ou deva mandar as partes perante a assembléia antes de pronunciar-se *(e.* g., D. R. PERETTI-GRIVA, *Ii Condominio deile case divise,* 386; certos, U. ComI, *Ii Condominio,* 266, *e G.* BRANCA, *Delia Proprietá,* 451).

§ 1.404. Os comuneiros nas relações com terceiros fosse sociedade. A deliberação por maioria resulta da lei e limita-se aos casos em que a lei permite que a decisão

1.COMUNEIRO E ASSEMBLÉIA. Cada comuneiro é pessoa, e não se trata a assembléia como se por maioria vincule os comuneiros não-presentes ou discordantes. Em juízo, são litisconsortes em tudo quanto se refere às partes indivisas; não, porém, quanto ao que só é atinente ao diviso. Não há, no direita brasileiro, nenhuma limitação legal que force os comuneiros a se representarem por procurador único em juízo, nem a constituírem procurador judicial, ou a conferirem poderes de representação judicial ao administrador. O art. 8.0 da Lei n. 5.481

apenas faz nascer a cada comuneiro a pretensão a que haja administrador, comuneiro ou não, se os comuneiros, em sua unanimidade, não resolveram eles mesmos administrar o edifício.

2.RESPONSABILIDADE. A responsabilidade pelos atos do administrador, dentro dos seus poderes, é de todos os comuneiros. É

solidária, por se tratar de negócio comum, a responsabilidade perante o administrador mandatário (Código Civil, art. 1.314); porém não perante as pessoas com quem o administrador tratou: perante essas, cada um dos comuneiros somente responde por sua quota, salvo se do instrumento da nomeação, ou de outro documento, unânimemente assinado, consta a solidariedade. A afirmativa de CARLOS MAXIMILIANO

(Condomínio, 270) de que se presume solidariedade geral é sem base em nosso direito. Nem o Código Civil, nem a tradição do direito brasileiro permitem que se afirme isso. Os comuneiros são responsáveis solidariamente perante terceiros, se a. lei o impõe, ou se resultou da vontade das partes. Não se presume isso (Código Civil, art.

806). Cp. TEIXEIRA DE FREITAS *(Esboço,* art. 3.004) e M. 1. CARVALHO DE MENDONÇA *(Contratos,* 1, 245).

3.CITAÇOES. O administrador do edifício não recebe citações que devam ser feitas a algum, ou a alguns, ou a todos os comuneiros. Para que ele represente. judicia1mente todos os comuneiros, conto para que represente um deles, ou alguns, é preciso que tenha poderes expressos para isso (Código de Processo Civil, art. 163). Se todos os comuneiros estão ausentes, então sim: a citação pode ser feita na sua pessoa, tratando-se de ação 4

40 que derive de atos por ele praticados (art 163, § 1.0). Se algum dos comuneiros locou o O

8 apartamento ou alguns apartamentos, ou algum locador sublocou o seu, e se ausenta do Brasil,

~

sem comunicar ao locatário que deixou na localidade procurador com poderes para receber citação, ou notificações concernentes a locação, a citação ou notificação pode ser feita na pessoa do administrador (ad. 163. §

2.0). Para a citação com hora certa (art. 171), “vizinho” é o que habita outro apartamento do mesmo andar, ou do mesmo prédio, se nenhum dos habitantes do mesmo andar está presente. o administrador, que habita no mesmo prédio, é a pessoa mais indicada e o não vizinho. (É preciso terem os interessados muito cuidado com *o* que estão a escrever, sobre a apresentação judicial pelo administrador, escritores que apenas copiam, sem pensar, livros estrangeiros.)

4.LEGITIMAÇÃO PROCESSUAL. o administrador tem legitificação ativa suas *ações* possessórias mas isso nada tem a ver com a representação dos comuneiros por si só, é possuidor mediata intercalar (posse mediata não própria) ; e a sua posse mediata é posse como qualquer outra. Não tem ele, porém. posse, ainda mediata, de administrador sobre o diviso; só a tem sobre o indiviso. Ainda mesmo que more no edifício, casa em que tem ele duas posses a posse mediata intercalar de administrador sobre o indiviso; e a posse imediata de locatário, de comodatário, ou ~ (aluguel compreendido no ordenado).

Se algum dos comuneiros, auzentando-se, lhe entrega as chaves do apartamento como função de administrador, a posse mediata de administrador estende-Se, como posse imediata, ao apartamento ao diviso se apenas o faz como serviço obsequial de administrador, que poderia recusar-lhe, então é ele, apenas, servidor da posse do comuneiro dono ou locador da apartamento (Código Civil, art. 487).

Se um

8. EFICÁCIA DA SENTENÇA. A intimação da sentença, promovida pelo litisconsorte, tem eficácia a favor de todos os outros. A intimação da sentença favorável aos comuneiros, promovida pela parte contrária, contra um só, seguida de trânsito em julgado contra esse, tem eficácia a favor de todos *(Comentários* ao *Código de Processo Civil,* 1, sob o art. 90). Se a sentença é favorável ao demandante contrário, têm de ser citados todos os comuneiros e precisam extinguir-se todos os prazos (J. GOLNSCHMIDT, *Der Prozess ais Reohtslage, 534).* A absolvição da instância quanto a um dos comuneiros opera quanto aos outros (K. HELLWIG, *System, 1,* § 128, IV, n. 2 e nota 9, a quem se deve a distinção entre a absolvição da instância no litisconsórcio unitário e no litisconsórcio simples).

4.ADMINISTRADOR. A representação pelo administrador, *se há,* é dos comuneiros, em unanimidade, e não da comunhão, que não é pessoa jurídica. Não importa se, para o outro, houve dissidente na votação. O ato que exceda a administração ou a representação explícita ou

implícita é *ineficaz.* Pode ser ratificado.

Quando o administrador vai contra terceiros porque ameaçam a administração da coisa comum, ou lhe impedem o exercício de suas funções, não está a representar: a ação é dote, e não dos comuneiros. Se lhe foi conferida posse mediata (entre a mediata própria dos comuneiros e a imediata dos habitantes do prédio), defende a posse. Defende a posse imediata do escritório e residência de administrador, se há. Para exercer ações que ameacem a administração da coisa comum, ou o exercício das suas funções, tem legitimação, ainda que cautelares as ações.

Não tem, de regra, as ações petitórias e possessórias dos comuneiros. A unanimidade pode dar-lhe legitimação, ou a maioria, se a unanimidade assim lhe atribuiu tal deliberação.

Representação passiva em juízo só a tem quanto aos atos que concernem à administração, *e.* g, se alguém entende que abusou dos poderes de administração.

5.PLEITOS E EXTRANEIZAÇÃO DO COMUNEIRO. No caso de lides judiciais, o condômino dissidente da maioria pode ressalvar a sua responsabilidade, fugindo à eficácia desfavorável do litisconsórcio necessário. Se a decisão é favorável, os outros comuneiros tem ação para reembolso da quota nas despesas e custas) inclusive honorários de advogado. O momento para a ressalva é o da citação, ou o em que vão a juízo os comuneiros. Tal solução se impõe porque a lide pode interessar à sua *pare dominica,* au a sua *para possessionis.* A extraneidade à lide pode ser anterior ou posterior a ela, devendo-se falar, nas duas espécies, de ante-extraneização e de pós-extraneização. Tratando-se de atos que somente dependeriam da deliberação da maioria, ou das funções do administrador, não se pode extraneizar. o cornuneiro. Se o comuneiro sé tem notícia do pleito depois da sentença, a sentença é ineficaz para êle, que devia ter sido citado, ou ter-se integrado o litiseonsórcio ativo.

O regulamento não pode vedar a extraneização. Pode vedá-la a unanimidade.

§ 1.406. Remuneração do administrador

1. O MANDATO. O mandato só não se presume gratuito se o

mandatário se encarregou dele por oficio ou profissão lucrativa (Código Civil, art. 1.290, parágrafo único) ; de modo que, se o administrador exerce o oficio ou profissão de administrar, *e. g.,* se vive disso, se paga imposto de indústria e profissão, se é pessoa jurídica que tenha a administração como um dos seus negócios, se tem por mandato remunerado a administração, o mandato tem-se como oneroso (pago). Fora dai, não, O ônus de afirmar e o de provar o contrário correm aos interessados que o neguem. Se esse não é o caso e não se estipulou remuneração, a administração é gratuita, cabendo aos interessados o ônus de afirmar e provar o contrário.

O ser comuneiro ou administrador não exclui, de si só, a remunerabilidade, se êle exerce a profissão de administrador de edifícios; porém o administrador estranho tem a seu favor a presunção *jacti* de serem remuneradas as suas funções, se bem que não costume administrar. Tratando-se de administração direta que exige tOdas as horas de trabalho, o administrador é locador de serviços, e não só mandatário. Para os efeitos da legislação de trabalho é, então, "doméstico" (Conselho Regional do Trabalho, 1.8 Região, 22 de março de 1943).

Por isso, se o edifício de apartamentos é de muitos andares e apartamentos, e o administrador tem de permanecer no edifício, por tempo diário, tem-se como remunerado o cargo.

O ato constitutivo pode dispor a respeito disso.

2. Nos edifícios de apartamentos de que os proprietários alugam alguns, ou todos os apartamentos, não se presume que tenha poderes para receber os alugueis o administrador, salvo se há sociedade de que seja ele um dos diretores, ou se é preposto.

3.Cacos. Se o administrador não tem autorização para criar cargos e os cria, ou se foi previsto que os criasse por sua conta, a remuneração é pela administração, e não por seu serviço.

§ 1.407. Contas da administrador

1.CULPA. O administrador do edifício de apartamentos tem de exercer as suas funções com a sua "diligência habitual", razão para que todos os comuneiros, ao escolherem-no, o conheçam, ou sobre ele colham informações.

Tem de indenizar qualquer prejuízo, que cause por sua culpa, ou por culpa daquele a quem passou alguma função (salvo, quanto a esse, se foi escolhido pela assembléia) ; inclusive *in vigilando.*

Se o ato constitutivo, o regulamento, alguma convenção unânime, ou por maioria proibiu que o administrador se substitua nas funções (o ad. S.0, parágrafo único, da Lei n. 5.481 é *regra dis positiva.),* e .êle se substitui, responde pelos prejuízos ocorridos sob a administração total, ou parcial, desse, ou desses substitutos, ainda que proveniente de caso fortuito, podendo contudo afirmar e provar, em defesa, que o caso teria ocorrido ainda que não tivesse chamado ao serviço outra pessoa (Código Civil, ad. 1.300, § 1.0). Se não há proibição, é responsável pelos atos do que escolheu, notoriamente pessoa incapaz ou insolvente (ad. 1.300, § 2.0).

O administrador é responsável perante a unanimidade dos comuneiros, e pelos atos danosos a um deles perante esse. Responde como mandatário, ou pelo ato ilícito absoluto.

2.CONTAS. O administrador tem o dever de prestar contas; e os comuneiros, todos ou de per si, ou em grupos, a pretensão ou ação para exigirem que as preste. Pelas somas que deveria entregar aos comuneiros, ou a alguns deles, ou recebeu para despesas, e empregou em proveito seu, paga juros *desde o momento em que abusou* (Código Civil, art. 1 .303). Não é preciso que extrajudicialmente ou judicialmente seja constituído em mora.

3.RESPONSABILIDADE. O administrador remunerado responde pela culpa, inclusive *in vigilando.* Se administra gratuitamente, responde pela escolha dos empregados, pelas instruções que dá, pela entrega de objetos e material, e pelo cuidado que lhe seria de exigir-se atendendo a que não é empregado (culpa. *iii eligendo, in instruendo, in custodiendo,* mas só concretamente, *in casu,* quanto à culpa *in vigilando).*

§ 1.408. Figura do porteiro

1.FUNÇÕES. À porta ou serviço de porta dos edifícios de apartamentos serve o *porteiro,* cujas funções compreendem o atender a quem procura algum dos comuneiros, ou o administrador, ou tenha de receber alguma coisa ou entregar, para que chegue às mãos daqueles ou desse, e prestar ao público as informações próprias de toda função de *portaria.*

Ainda que habitado por muitas pessoas, o edifício de apartamentos é *particular,* ou residencial, ou de aluguer, ou aproveitado em hotel o que lhe altera o uso, sem lhe alterar a propriedade comum *pro diviso* ou, ainda, destinado a clubes ou instituição. Nele não se pode entrar sem permissão, tal como acontece às casas. Porém a existência mesma de partes indivisas, que estão abertas a todos os comuneiros, permite se estabeleça maior facilidade de entrada de estranhos que pareçam ir à procura de habitantes do prédio. Essa facilidade é apenas *de fato.* A penetração no terreno, ou nas construções comuns in *diviso,* não é mais legitima do que a penetração no terreno e nas construções comuns *pro indiviso,* ou no terreno e nas construções pertencentes a uma só pessoa.

2.PODERES. Juridicamente, os poderes de proibição de entrada, de vigilância e de inquirição, que tem o porteiro do edifício de apartamentos, são os mesmos que teria o porteiro de qualquer casa, cujo proprietário seja um só.

Por isso mesmo, nada obsta a que esse porteiro, se não se afasta de instruções recebidas do administrador, ou de resoluções da assembléia dos comuneiros, cerre as portas da frente quando entenda necessário, ou as portas laterais ou de serviço.

3.RELAÇÕES JURÍDICAS. A entrega da correspondência, ou de algum outro objeto destinado a comuneiro, ou habitante do prédio, é feita ao *porteira do edi/icio* como se ele fosse o porteiro *do apartamento.*

A esse respeito, as relações jurídicas são diretas, exceto se há, no edifício, empregado especial para o recebimento de correspondência, ou de encomenda, ou de malas, casos em que o porteiro é intermediário entre o público e essa pessoa, devendo-se supor que também lhe assistem o direito e o dever de tratar diretamente com o habitante. Não se presume que somente possa servir de ligação entre o público e o encarregado especial; presume-se exatamente que haja a ambivalência de relação jurídica. ele, porém, não pode alegar boa fé se há no regulamento proibição de entrega direta ou indireta, ou se há instruções escritas do administrador e fixadas em lugar acessível a todos os comuneiros.

4.FUNÇÕES PRINCIPAIS, - Ao porteiro compete :d) abrir as portas, pela manhã, e fecha-las à noite; *b)* atender aos telefones da portaria; *c)* prestar informações sobre habitantes do prédio ou apartamentos habitados, nos limites das informações que o porteiro ou empregado

da casa de um só dono poderia prestar; á) auxiliar os habitantes do edifício em tudo que se relacione com o seu serviço, como chamar automóveis, receber contas e pagá-las; *e)* velar pelos bons costumes e o respeito, à porta e no interior indiviso do edifício, como se fosse um dos comuneiros ou habitante que estivesse presente; *f)* defender a posse do edifício como servidor da posse (Código Civil, art. 487) ; g) quanto às crianças que habitam o edifício, velar por elas, nos limites espaciais das suas funções, como se fosse porteiro de um só apartamento; li) receber e distribuir correspondência, encomenda, etc.; *i)* avisar de incêndio, de pedido de assistência médica ou policial. Qualquer dessas funções pode ser especializada e entregue, cumulativa ou exclusivamente, a outro empregado, porém não se presume que o tenha sido.

5.FONTE. A função do porteiro existe pela necessidade do edifício. Falta quem exerça o cargo sempre que, tornando-se imprescindível a função do porteiro, não se escolhe alguém que a exerça. Pode criar o cargo: a) o título constitutivo; *b)* a assembléia; *o)* o regulamento; á) alguma convenção posterior da maioria; e) na falta, qualquer dos comuneiros, porque se trata de ato de administração e, *ex hypothesi,* não se providenciara sobre a criação do cargo. Nesse caso, o ato é da responsabilidade de quem criou o cargo, podendo, porém, ser submetido à assembléia, ou, se há discordância, ao juiz. O comuneiro tem pretensão e ação sempre que a criação de cargo seja necessária, ou permanentemente, ou devido a circunstâncias temporárias.

6. CARGO E REMUNERAÇÃO. Quem cria o cargo cria a remuneração, pois que é remunerado. Se não foi fixada, tem o porteiro pretensão a que se fixe e, caso não lhe pareça justa, ou não a queiram fixar os comuneiros, ou se não lha pagam, cabem as ações adequadas, de constituição ou de condenação.

Não se presume que o administrador tenha de remunerar do seu bolso o porteiro. Se o ato constitutivo, ou o regulamento, ou as instruções não cogitam do porteiro, há-se de entender que as suas funções são exercidas pelo administrador, estranho, ou, no tocante a contas do edifício e reclamações de portaria, por esse ou pelo administrador comuneiro. Quem o nomeou responde pela culpa *in eligendo.*

7.RESPONSABILDADE. O porteiro responde pela culpa *in faciendo* e *in non faciendo* e pela culpa *in vigilanda.*

Se, por exemplo, o furto ou o assalto, ou desbordamento da água, ou o

arrebentamento de vidraças pela tempestade não se teriam produzido se êle estivesse, de acordo com o seu dever, vigiando, caracteriza-se a sua culpa.

Em relação aos terceiros, o porteiro tem o direito e o dever de defender o edifício, a tranquilidade, o sossego e a higiene do prédio. Pode praticar os atos de *legitima defesa* (Código Civil, art. 160, 1); e os de *necessidade,* isto é, os de *deterioração* ou *destruição da coisa alheia,* a fim de remover perigo iminente (art. 160, II), desde que se não afaste do indispensável à remoção do perigo (art. 160, parágrafo único) ; ainda contra algum ou alguns comuneiros. Serve à composse e à posse de cada um deles, ou dos habitantes.

§ 1.409. Despesas comuns

1.GERAIS E ESPECIAIS. As despesas comuns podem ser: *gerais,* isto é, de todos os comuneiros se a parte indivisa é de uso de todos, ainda que um deles ou alguns tenham renunciado ao uso (se renunciável), ou não a usem; por *andar,* se se trata de parte somente comum aos apartamentos do mesmo andar; *dos confinantes,* se a parte só é comum a dois ou mais vizinhos. Há ainda as partes de certo lado do andar, *e. g.,* o elevador que somente serve ao lado esquerdo do pavimento; ou a dois ou mais andares, *e. g.,* o elevador que somente serve a dois ou mais andares. As despesas são divididas entre os comuneiros que usam a coisa, salvo se trata de um só serviço para todo o edifício ou distribuido em lados ou andares.

2.DISTRIBUIÇÃO. É permitido fixarem-se no regulamento quotas de despesas diferentes das quotas de valor do apartamento? A resposta é negativa. Se fosse positiva, teríamos cláusulas que carregariam em alguns comuneiros as despesas comuns e até os tributos fiscais comuns; e cláusulas que quase insentariam ou insentariam daquelas e desses outros comuneiros. A própria política de paz e de educação moral e econômica, que levou a lei a permitir a construção excepcional da comunhão *pra diviso,* repeliria a insinuação de tal prática injusta.

3.REVISÃO. No ato constitutivo, ou no regulamento, podem os interessados prever que a quota nas despesas seja *revista* periódicamente, por deliberação unânime; mas essa cláusula importa em se revelar, também, e como fundamento, o valor de cada quota nas

partes comuns do edifício, ou nos valores dos apartamentos. Essa revisão não transforma o *valor inicial do apartamento,* que o teve alterado, em valor *efetivo,* é apenas aplicação de cláusula *rebus sie stantibus* ao valor inicial do apartamento, sem eficácia *ex tunc.*

Se adquire nesga ou trato de terreno que se una ao terreno *pro indiviso* do edifício de apartamentos, a quota com que concorrem os comuneiros é proporcional à quota *(pars dominica)* de cada um, salvo se deliberaram diferentemente, por unanimidade.

Se houve construção de mais um andar, de que são comuneiros *pro indiviso* os comuneiros do edifício, a quota nas despesas é a mesma. Se só pertence a algum ou a alguns, tem-se de levar em conta o acréscimo de valor do andar, na medida dos quinhões que tocam aos comuneiros (ou condôminos) do nôvo andar. Dissemos comuneiros, porque se o andar tem dois apartamentos, que pertencem a A e a B, há comunhão *pra diviso* entre os comuneiros antigos e os novos e entre os novos. Se algum apartamento pertence a A e 3, há comunhão *pro divisa* entre os antigos comuneiros e os novos, porém não entre A e B. Entre A e E há condomínio. Em qualquer das espécies acima tem-se de *rever* a quota de despesas. Para obter a revisão, judicialmente, tem o comuneiro ou de convocar, judicialmente, os demais, que se recusaram a colaborar na revisão, sob pena de se proceder à revisão sem a elaboração dos que não comparecerem, ou a ação de revisão, que é constitutiva positiva, com a sentença de eficácia a partir do momento em que se deveria ter procedido à revisão.O litisconsórcio é necessário.

§ 1.410. MODOS DE PERDA - a possuí-lo. Ou a quem estava a defender-lhe a posse, ou o possuía. O comuneiro que renuncia à propriedade do apartamento (e pois das partes indivisas no terreno e no edifício e das outras partes divisas) não se furta às despesas até esse momento, inclusive às despesas de conservação já tornadas necessárias.

4.ABANDONO. O abandono é a deixação, declaração unilateral de vontade, que se torna perfeita desde que se exterioriza a vontade, ainda que ninguém a ele assista. É declaração de vontade não-receptícia. O que abandona nem percebe frutos, nem é responsável pelas despesas comuns ou do apartamento. Porém o abandono não desobriga de contratos e outras obrigações -de ordem pessoal, como as provenientes de culpa Aquiliana ou abuso do direito. Impugna-se por erro perante o ocupante (KLUCKROHN, Die Person des

Anfechtungsgegners hei einer eiseitigen, nichtsempfangsbedtirftigen Willenserllãrung, *Archiv fúr die civilistische Praxis,* 113, 37).

Se o dono do apartamento encarregara alguém de consertar ou reparar o apartamento, ou, com outros comuneiros, ou só, se obrigou pela obra comum, o abandono, que só tem eficácia *ex nune* e relativa ao bem e seus gastos, não o libera. Se foi a administração que se obrigou, em nome de todos, ou por deliberação da maioria, sem participação do abandonante, não responde ele. (A afirmativa de CARLOS MAXIMILIANO, *Condomínio,* 218, de que o apartamento ou andar *abandonado* passa a pertencer aos condôminos restantes, proporcionalmente às respectivas frações autônomas das coisas, é absurdo. Não sabemos em que direito pensava, porque, no direito brasileiro, que aliás o autor quase não cita, em toda a obra, há o art. 589, 2 Y, do Código Civil, *que é expresso,* e há o art. 12 da Lei n. 5.481, *verbis* "propriedade autônoma, sujeita às limitações estabelecidas nesta lei". O autor também confunde o *abandono* e a *renúncia* e a sua afirmação de que o abandono importa em transmissão de domínio, p. 219, é de espantar.)

5.PERECIMENTO. O apartamento, como parte divisa, e as partes indivisas no imóvel, e o terreno, que o mar tragou, perecem. O perecimento é um dos modos de perda da propriedade do apartamento, com o terreno e as partes indivisas no edifício. Se pereceu apenas o edifício, ou ala em que o apartamento está, mas resta o terreno todo, não pereceu a propriedade imóvel: pereceu parte integrante. Se perecem o apartamento e a parte do terreno que lhe fica por baixo, surge a questão de se saber se o dono do apartamento perdido também perdeu a parte no terreno. A solução, de acordo com os princípios, tem de ser no sentido de se reputar perdido para ele o que era diviso e se perdeu, o apartamento; perdido para todos o que era indiviso, o trato de terreno e as partes indivisas do edifício. Porque a perda de porção do bem comum é perda *pra indiviso,* como a aquisição.

Se o edifício perece ou exige reconstrução, qualquer dos comuneiros pode pedir a venda do terreno e dos materiais, salvo se a indenização do seguro dá para a reconstrução. Na ocasião podem os outros comuneiros, algum ou alguns deles ofertar a reconstrução com o dinheiro do seguro mais o que seja necessário, devendo ser ouvidos sobre a oferta o autor e os demais comuneiros. Nenhum dos comuneiros tem a ação de divisão que teriam os condôminos; se divisível, o terreno subsiste ao perecimento do edifício.

Se a perda do edifício é grande, porém não suficiente para se impor a reconstrução, ou a reforma que equivalha a reconstrução, a maioria pode deliberar com os mesmos poderes que teria se não tivesse sido acidental ou cataclísmica a causa da destruição ou danificação parcial. Não há *opus novz,n~* do edifício, se bem que não se trate de simples conserto. A assembléia é que diz se o caso é de reconstrução, ou se o não é: se diz que não é, os poderes são da maioria; se diz que o é, a reconstrução é segundo o ad. 6.0, parágrafo único, por analogia, salvo deliberação unânime em contrário, mas qualquer comuneiro pode preferir a venda e pedi-la.

Se a perda é só de um andar, deliberam os comuneiros que são donos, ou o comuneiro, se só há um. Em tais casos, há o direito e o dever de reparação e de reconstrução parcial, dever *zlropter rem* e não extinguível pela renúncia da propriedade. Todavia, pode o comuneiro objetar que a reconstrução parcial é intempestiva, pela grande desproporção entre o custo e o lucro presumível, sugerindo a venda ou a reconstrução total (deliberação que exige unanimidade).

6.DESAPROPRIAÇÃO. A desapropriação pode, *de Lege ferenda,* apanhar o edifício todo, ou somente parte. A lei brasileira excluiu a desapropriação *parcial:* "Â desapropriação alcançará sempre a totalidade do edifício com todas as suas dependências" (Lei n. 5.481, art. 72, parágrafo único). Isso não quer dizer que se não possa desapropriar apenas um pedaço do terreno não construído. A lei fala de "totalidade do edifício", e não de

"totalidade do prédio". "No caso de desapropriação", estatul o art. 72, "será a indenização de cada proprietário regulada pelo valor locativo de seu apartamento no ano anterior ao decreto que o declarar de utilidade ou necessidade pública". e sua cessação

1.COMUNHÃO E PROPRIEDADE. (a) Com a cessação da comunhão *pro divisa* não cessa a propriedade (todos continuam donos do terreno por partes indivisas e do que restar do material do edifício, ou donos únicos dos materiais despregados do seu apartamento como bens móveis separados), nem cessa a comunhão, pois continua a comunhão *pra indivisa.* Se houve pagamento de seguro, comum, procede-se à entrega segundo o que caiba a cada um, para a reconstrução, o que a lei fêz regra dispositiva: "A reconstrução", estatui a Lei n. 5.481, art. 69, parágrafo único, "será sempre feita, guardadas obrigatóriamente a mesma forma externa e a mesma disposição interna, salvo o acOrdo unânime de todos os condôminos".

(b) Nenhum dos comuneiros e nem alguns deles, nem todos menos um, têm pretensão a que cesse a comunhão pro divisa , ou a que se vendam todos os apartamentos, ou a que se destrua o edifício, ou se proceda à demolição para a construção de outro. Só a unanimidade decide.

(e)A usucapião de apartamentos por uma só pessoa, ou por um dos comuneiros, não extingue a comunhão *pro divisa;* se, porém, se operou quanto ao edifício como todo, a transcrição da sentença "corta" o registro anterior da comunhão *pradinho,* desde o momento a que se refere a eficácia da sentença, que é sentença declarativa.

(d) Durante o tempo em que se reconstrói o edifício destruido tem-se como vigente a comunhão, no que possa útil-mente ser invocada.

(e) A sucessão de duas ou mais de duas pessoas ao dono ou algum dos donos do apartamento nenhuma influência tem na vida do edifício de apartamentos; apenas se estabelece ou se estende a comunhão *pra indivisa* desse apartamento. A sucessão no que é parte integrante só do apartamento e nas pertenças e na parte no terreno e nas demais partes indivisas rege-se pela lei que disciplina a sucessão. Aqui tem larga incidência o art. 12, *in fiM,* da Lei n. 5.481, *verbis* "poderão ser alienados, no todo ou em parte, objetivamente considerados".

Nas relações entre condôminos de apartamento e comuneiro de outro, ou entre condôminos de apartamento e condôminos de outro apartamento, tratam-se aqueles e esses como se fOssem só comuneiros, isto é, um comuneiro e outro comunelro. Os condôminos do apartamento A apresentam-se como comuneiro único do apartamento A; os condôminos do apartamento B como comuneiro único do apartamento B. Para isso, é preciso que os condôminos do apartamento A escolham quem os represente nas relações com os outros comuneirOs e o mesmo acontece aos condôminos do apartamento B. Se já existe representação legal, ou poder de administração que, *in c&stt,* baste, tudo se passa mais simplesmente, como se os condôminos do apartamento A são filhos, menores de dezesseis anos, de (IX ou se os condôminos são o curador e o curatelado, ou se o apartamento B

pertence a cônjuges.

Tratando-se de cônjuges, é preciso ter-se sempre em vista que marido e mulher tem de consentir sempre que não se trata de ato de simples administração, se comum o apartamento. Se o apartamento pertence a um só dos cônjuges para todos os atos que importem em alienação,

ainda em parte, ou gravame do apartamento, ou em ônus real, o cônjuge comuneiro precisa do assentimento do outro cônjuge.

2.DIVISÃO MATERIAL E DIVISÃO JURÍDICA. A comunhão pro divisa também pode cessar se o edifício passa a pertencer a um só dono, que providencia para *a averbação* da cessação da divisão *judicial* ainda que persista a divisão como se destino o edil leio a hotel ou a hospital ou se os próprios comuneiros deliberam, por unanimidade, transformar *pró diviso* em comunhão *pro ira*" por escritura pública, *transcrever)* o titulo. Aqui é caso de transcreção porque há alienação dos apartamentos e aquisição de "partes o todo.

A permanência do edifício de apartamentos como tal, isto é, em comunhão *pró divisa,* embora todos os apartamentos tenham passado a pertencer (ou ainda pertençam) à mesma pessoa, ou a duas ou mais pessoas em condôminio de todos os apartamentos *(* todos são condôminos de cada apartamento) de modo nenhum se reflete na comnnhão *pra* divisão. tão naturalmente jurídica como se cada apartamento pertencesse a diferente pessoa ou a diferentes pessoas. As dívidas fiscais são, por exemplo, por apartamento bem assim as despesas relativas e exclusivas a cada apartamento»

Parte VIII. Compáscuo

COMPÁSCUO E DIREITO DAS COISAS

§ 1.412. Conceito de compáscuo

1.DIREITO ROMANO. Por inscrição que se tem como parte da *Lez (Tlwria) agraria* (atribuida a Sp. TRORIUS, cf. Cleno, *Brutua,* 36; *De aratore,* II, 70), que aboliu todo vertical (taxa censual pelo uso das terras públicas), distribuiu as terras ocupadas na Itália e autorizou outras ocupações, sabe-se que pela lei foram permitidos: a) o uso gratuito das pastagens *públicas* até dez cabeças de gado grosso e cinquenta do gado pequeno (c. 10); *b)* o uso gratuito das pastagens *possuidas em comum* por particulares (compascua). O compáscuo foi, portanto, originariamente, relação jurídica entre o Estado e os particulares, ora atendendo à posse em comum, ora sem existir o elemento possessório como essencial ao suporte láctico. Começou-se,

assim, pela matéria do art. 646, parágrafo único ("O compáscuo em terrenos baldios e públicos regular-se-á pelo disposto na legislação municipal"), e não pela matéria do art. 646: "Se o compáscuo em prédios particulares for estabelecido por servidão, reger-se-á pelas normas desta. Se não, observar-se-á, no que lhe fOr aplicável, o disposto neste capitulo, caso outra coisa não estipule o titulo de onde resulte a comunhão de pastos". No sistema jurídico brasileiro, há seis espécies de compáscuo.

1) o compáscuo em terras públicas (art. 646, parágrafo único);

2) o compáscuo-condominio (art. 646, 2.a parte);

3) o compáscuo-servidio (art. 646, 1.a parte);

4) o compáscuo-pertença;

5) o compáscuo-posse (art. 488);

6) o compáscuo obrigacional.

2.EVOLUÇÃO NO INSTITUTO. A evolução para o compáscuo, direito real, porém não servidão, foi a de ramo que irrompeu com a *Lez (Thoria) agraria,* em vez do outro em que a situação dúbia criada pelo *ager vectigalis* e pelos *aedes vectigales* (H. DEGENKOLB, *?latzrecht und MieL"ie,* 51 e 84) se caracterizou, finalmente, em enfiteuse, como *jus perpetuum* (a enfiteuse fora, antes, arrendamento hereditário, L. MITTEIS, Zur Geschichte der Erbpacht im Altertum, *Abhandlungen der Sdchs. Gesellschaft der Wissenschaften,* phil.-hist. Kl., 20, 42; *I-*

?õmisches Privatrecht, 1, 361) e em direito de superfície.

§ 1.413. Direito brasileiro

1.COMPÁSCUO E ESPÉCIES DE OOMPÁSCUO. Diz o art. 646: "Se o compáscuo em prédios particulares for estabelecido por servidão, reger-se-á pelas normas desta. Se não, observar--se-á, no que lhe for aplicável, o disposto neste capitulo, caso outra coisa não estipule o título de onde resulte a comunhão de partes". O

compáscuo-condôminio, ou simplesmente compáscuo-comunhão de pastos, que é a figura máxima do art. 646,

2 a parte, implica, respectivamente, *condominio com destinação,* ou *direito de uso em comunhão,* o que assenta ao sistema jurídico brasileiro. Cada comparticipante pode apascentar o seu gado, usar das ações possessórias, reivindicar o compáscuo, alhear a sua parte indivisa, ou gravá-la (arts. 623, 634 e 488). É obrigado a concorrer, na proporção da sua parte, para as despesas de conservação dos pastos, ou divisão da coisa, e a suportar na mesma razão os ônus a que está sujeita (ad. 624). Os arts. 624, parágrafo único, .628, 632 e 633 são invocáveis; bem assim os arts. 635-641. Contudo, há de ser atendida, se manifestada, a vontade dos que criaram o compáscuo (ad.

646, 2.~ parte, *iii une).*

2.TERRENOS BALDIOS E TERRENOS PÚBLICOS. Diz o ad. 646, parágrafo único: "O compáscuo em terrenos baldios e públicos regular-se-á pelo dispostos na legislação municipal". Os *baldios* são as "terras incultas, matos maninhos, ou matas e bravios, que nunca foram lavrados e aproveitados, ou não ha memória de homens que o fossem, os. quais não foram contados, nem reservados" (Ordenacões Filipinas, Livro IV, tido 43, §

9) ao uso especial ou à segregação de que cogita o art. 66, II. As Ordenações Filipinas diziam: "nem reservados pelos Reis, que ante Nós foram, e passaram geralmente pelos Forais com as outras terras aos povoados delas".

Tais baldios não se podiam dar em sesmaria, nem se permitia rateá-los, se fosse contra "o proveito geral dos moradores nos pastes dos gados, criações e logramento da lenha e madeira para suas casas e lavouras". Percebe-se a influência da concepção romana da *universitas personarum* (cf. Alvará de 27 de novembro de 1804, a.rts.

471 e 473), mas ao fundo está a instituição da propriedade comum germânica (cp~ Código Visigótico, Livro VIII, Título 5, L. 2 e L. 5, e Título 3, L. 12). O Código Civil, ad. 646, prevê a legislação *municipal* sobre os baldios, aliás, sobre os terrenos, quaisquer, de que trata o ad. 66, 1 (bens de uso comum do povo, tais como os mares, rios, estradas, . ruas e praças), ressalvado o que for da competência da União ou dos Estados-membros.

3.LEGISLAÇÃO MUNICIPAL. O direito de compáscuo sobre as terras do Município, aliás a própria alusão à legislação municipal no ad. 646, parágrafo único, é de origem germâníca. Liga-se ao direito que tinham

todos os membros da marca *(Mark)* às terras da comuna. Não se tratava, portanto, nem se trata hoje, de *jus in re aliena,* nem de direito derivado; e sim de direito corporativo: o Munícipe, até onde se lhe reconhece tal direito, exerce direito real seu. Daí ser na seção sobre *compáseno,* portanto no capitulo sobre *condominio,* que se faz a referência ã legislação municipal. A construção desse direito como servidão sobre bens municipais seria romanismo.

Quando se dividiram entre os munícipes, dominicalmente, as propriedades comunais *(e. g.,* divisão do paul de Ulmar, em 1291, entre os moradores de Leiria, a do campo de Valada, com a particularidade de ser anual, começando com Afonso Henrilues e indo até Sancho II, a da terra do Alqueirão, por Afonso Henriques, cf.

JOAQUIM DE SANTA ROSA DE VITERBO, *Elucidário,* **2**~a ed., 1, 180; J. P. OLIvEIRA MARTINS, *Quadro das Instituições primitivas,* 23 ed., 107 s.).

4.DIVISÃO DAS TERRAS. Após a divisão, subsistindo a comunhão de pastos, recorreu-se à configuração das servidões recíprocas, em pluralidade de servidões *(mutuae servitutcs,* d. O.VON GIFJRKE, *Das deutsche Genossenschaltsrecht, li,* 258 a.; servidão recíproca, MANUEL BOnS CàaNzntO, *Direito Civil de Portugal,* IV, 76), ou, com ou sem o nome, se firmaram os pastos-pertenças (cf. Alvará de 27 de novembro de 1804, § 7, *verbis*

“nos distritos em que está em uso o direito chamado de pastes comuns”; MANUEL ALVAREZ 210Am, *Resolutiones Foren* na, IV, 297; ANTÔNIO Lona Unia *Praxia de iudicio finium regundorum,* 115).

A história das categorias Juridicas (compáscuo condomi nical, servidão de pasto ou de compáscuo, comunhio obrigacional de pastos ou compascigo) é assaz relevante para se saber, *in casu,* de que é que se trata. O primeiro cuidado, que se há de ter, portanto, é o de se fixar, diante de cada caso, de que categoria jurídica se cogita, porque, sem isso, seria marchar-se sem se ter certeza do caminho que se percorre, *e. 9.,* estar-se a pensar em servidão quando em verdade a espécie é de comunhão real.

CAPITULO II

COMPÁSCUO E DIREITO DE COMPASCUO

§ 1.414. Surgimento do compáscuo

1.PRÉDIOS CONTÍGUOS OU PRÓXIMOS. Por vEzes, é difícil cercarem-se todos os prédios de indústria pecuária, a fim de se evitar que o gado de um invada o terreno de outro prédio, pastando promiscuamente. A permissão, que pode ser pelo silêncio, cria entre os confinantes ou donos ou possuidores de prédios próximos *(e.g.,* A confina com B, B com O), negócio jurídico de comunhão, de que se irradia o direito de compascuo, o *ius com pascui.* Idem, entre proprietário e não-proprietário.

A manifestação de vontade que serve ao suporte fático de tal negócio jurídico é revogável a líbito de qualquer dos vizinhos titulares do direito de compáscuo. Trata-se de negócio jurídico de direito das obrigações, que envolve até certo ponte e conforme as circunstâncias direito de composse~pe]a tradição da posse *pra inidiviso.* A revogação tem efeitos aúéns *ex nunc,* razão por que não há indenização pelo alimento que houve o gado alheio durante a vigência do *contrato, de co-apascento.* MEIA FREntE *(institutiones,* III, 172) frisou a revogabilidade (ius *compascui,* quod vicini iure mnutui, precarii et familiaritatis sibi constituunt, pro libitu, altero invito, potest revocar».

Para que a servidão se estabeleça, é preciso que se inscreva o negócio jurídico constitutivo da servidão, o que é outra coisa que□ o negócio jurídico de direito das obrigações, o contrato de co-apascento.

Mais do que a servidão, que pode não ser recíproca (A tem a *ser*"*vitus pascendi* no prédio de B ou em certa parte do prédio de B, porém não no tem E no prédio de A), há a comunhão (real) de pastos, o compáscuo-condomínio, de que cogita o art. 646: "Se o compáscuo em prédios particulares for estabelecido por servidão, reger-se-á pelas normas desta. Se não, observar-Se-á, no que lhe for aplicável, o disposto neste capítulo, caso outra coisa não estipule o título de onde resulte a comunhão de pastos". No parágrafo único, alude-se à legislação municipal, porém não é de afastar-se que haja regras de direito federal, devido à legislação de direito privado (Constituiç~ de 1946, art. 59, XV, a), ou de direito federal, ou estadual, quanto aos bens públicos da União, ou dos Estados membros . O negócio jurídico de coapascento estabelece entre dois ou mais figurantes direito à coapascentação, ao compascigo, e pois o dever, para os outros, de permitir que o gado alheio entre e paste. Dá-se a vinculação, efeito jurídico que desde o começo desta obra se vem estudando, inconfundível com o efeito de irrevogabilidade, erro a que se não têm

forrado, tantos juristas. A ofensa ao direito dos coapascentadores é infração contratual, com as conseqüências que se lhe apontam em direito das obrigações. A expressão "mútuo precário" que se procurou, por sugestão de 5. STRYK, para esse contrato, nenhuma acolhida merece. Seria de discutir-se se a manifestação unilateral de vontade com que se desfaz o negocio jurídico de coapascento é *revogação* (retirada da *voz),* ou *denúncia, a~* semelhança da denúncia vazia das locações por tempo indeterminado, ou *reconsiliação.* MELO

FREIRE *(Jnstitutiofles,* tU, 172) viu na espécie revogação, o que mais corresponde à linha histórica; baralhou revogação e resilição. MANUEL BORGES CARNEIRO *(Direito Civil de Portugal,* IV, 76) ; preferiu resilição ANTÔNIO RIBEIRO DE LIZ TEIXEIRA *(Curso de Direito Civil português,* III. 288). Não há resilição *(=*

resolução *cx nuno):* nem se pactuoti resolver-Se, nem se exige qualquer inadimplemento. Seria possível pensar-se em denúncia vazia, que é exercício de direito a denunciar, ou em revogação, que supõe existir o contrato porque se continua a manifestar, se bem que às vêzes só tácita ou silentemente, a vontade de consentir na coapascentação, e poder qualquer dos figurantes retirar a *vox,* caindo, por isso, desde esse momento o contrato, cujo suporte fático fica sem o elemento da *voz.* A melhor justificação, devido a razões históricas, foi, pois, a de MELO FREIRE.

3.SERVIDÃO DE CO-APASCENTO. A servidão *pascendi* pode ser recíproca. Servidão, e não usufruto, ou uso.

RepiIa-se, portanto, a construção de MELO FREIRE *(Irtstitutioites,* III, 172: "lus pascendi personale non rede aliis locatur; praediale mm nisi cum ipso praedio"), que exigia "locar-se" a servidão se se locava o prédio. Não é ao direito de uso ou ao direito de habitação que se há de assimilar a servidão de compáscuo. ANTÔNIO

RIBEIRO DE LIZ TEIXEIBA *(Curso,* III, 288) viu-o, e discordou de MEIA FREntE; o Código Civil, art. 646, alínea l.~, foi explícito: "Se o compáscuo em prédios particulares for estabelecido por servidão, reger-se-á pelas normas desta". Nenhuma alusão ao uso ou à habitação, nem, sequer, ao usufruto.

A servidão *pascendi,* recíproca ou não, só se extingue nos mesmos casos em que em geral se extinguem as servidões (arte. 708-712). O cancelamento, e só êle, a extingue. Enquanto não se cancela, a aquisição dos dois ou mais prédios pela mesma pessoa, ou dos outros

prédios pelo dono de um, não a extingue, o que afasta, no direito brasileiro, a absolutidade do *Res sua. nemini servit.*

A servidão de pasto pode ser entre prédios contíguos, ou não; mas só se compõe entre prédio, ao passo que o compascuo-condomínio é entre pessoas a respeito a certo bem. É-se co-apascentador em comunhão ainda que não se seja dono de qualquer prédio, como se dá com o usufrutuário.

4.COMPÁSCUO EM CONDOMÍNIO. O compáscuo em condômínio, ou comunhão de pastagem, ou pascigo, é, no direito brasileiro, comunhão do uso, por destinação do prédio, ou dos prédios, ou parte do prédio ou dos prédios. Evite-se pensar em comunhão de direito de superfície. O Código Civil, art. 646, alínea 2.8, estabeleceu, dispositivamente, a incidência das regras jurídicas sobre condomínio: ..... observar-Se-á, no que lhe for aplicável, o disposto neste capitulo, caso outra coisa não estipule o título de onde resulte a comunhão de pastos". Comunhão de uso especial, o de pascer o gado na gleba em comunhão de uso.

Assim como a servidão recíproca de compascigo é espécie da servidão *.paseendi,* o compáscuo.tondoniíflio é espécie de comunhão de uso. De ambos distingue-se a servidão de pascer o gado na terra alheia onde o gado do dono ou do possuidor pasce, bem como o direito real de uso do prédio alheio *pro parte divisa* ou *indivisa.*

§ 1.415. Comunhão real de compáscua

1. PASTOS COMUNS. Já vimos que se não pode reduzir o direito real de compáscuo à servidão de pasto comum. Seria o mesmo que eliminar-se o instituto do *uso* porque se tem o instituto da *servidão.* A servidão de pasto pode ser sem qualquer compascigo: o titular do direito de servidão tem o pasto, na coisa serviente, sem que possa o gado do prédio serviente promiscuir-se com o gado do prédio dominante. A servidão, aí, é de pasto, e não de compasto, ou compáscuo, ou compascigo. O uso do prédio pode ser exclusivo, para apascentação, e não haveria, então, compáscuo. Por onde se vê que o compáscuo de que cogita o art. 646, alínea 2.8, não se identifica com a servidão de com pastagem, nem com o uso para pascer o gado.

2.EXTENSÃO DO USO, NA COMUNHÃO DE COMPASCUO

.

O negócio jurídico constitutivo da servidão de pastagem e o negócio jurídico obrigacional de pasto, ou compascuo, podem estabelecer quantas cabeças de gado hão, no máximo, de pascer, dizendo-se qual a dimensão do terreno ou parte, ou por outro modo determinando-o Dá-se o mesmo quanto ao compáscuo-condomínio. Se não se disse qual o máximo, há de entender-se o que é do uso local. O uso local é elemento de vontade, que se considera admitido pelo contrato. Sob pretexto de pastos comuns, nenhum dos figurantes do negócio jurídico obrigacional ou juri-real pode cortar árvores, nem impedir o uso que de alguma parte se fazia (Alvará de 27 de novembro de 1804, *§ 9).* A pastagem para certo gado não se estende a outros; *e.* g., onde o compascuo é de cavalos não se podem meter ovelhas (Provisão de 20 de setembro de 1787; Lei de 27 de janeiro de 1694).

8.COMUNHÃO DE USO E COMPÁSCUO-CONDOMÍNIO

O compáscuo real do art. 646, alínea 2.8, do Código Civil parece-se, porém não se identifica com o uso em comum segundo o art. 742, combinado com o art. 740, do Código Civil. No co-uso dos arts. 742 e 740 (art. 745), extingue-se o direito de cada titular (usuário) à medida que cada um falece, salvo se, por estipulação expressa, o quinhão dos que falecem cabe aos sobreviventes. No compáscuo do art. 646, alínea 2.~, a parte de cada titular vai aos herdeiros ou sucessores, o que também ocorre com a servidão de compascuo do art. 640, alínea 1.8.

§ 1.416. Direitos e deveres

1. DIREITO. No compáscuo do art. 640, alínea 2.8, do Código Civil, cada comuneiro pode usar do pasto conforme sua destinação e os limites e cláusulas do direito real. Pode vindicar e usar das ações possessórias.

Outrossim, alienar a parte no compáscuo (pois que não se trata de servidão), salvo se concebeu como ligado a determinados prédios, intransferível-mente, o que o desnaturaria em servidão. No caso de falência de algum dos titulares, veja-se o que se diz no art. 48, parágrafo único, do Decreto-lei n. 7.661, de 21 de junho de 1945. Se há despesas de conservação, tocam em proporção aos titulares; bem assim os ônus. Se é preciso que se administre o compáscuo, incidem os arte. 635, 687, 639-641. É a figura hodierna do *pastor comum.*

O titular tem pretensão a que se faça divisa a sua *yars indivisa,* em divisão temporal, ou espacial. Se não foi determinado o número de cabeças de gado a que tem direito, quanto ao pasto, cada um, qualquer deles pode, pela ação de regulação do execício do direito de compáscuo, pedir ao juiz que o determine, interpretando os títulos, ou invocando os usos locais ou consultando as comunidades de todos os co-apascentadores (MÃNUEI. BOFOEs CÂLIENIO, *Direito Civil de Portugal,* IV, 83).

2.DEVERES. O uso do lugar, se não há regra jurídica, nem cláusula do negócio jurídico constitutivo, é elemento a ser invocado. O exercício do direito é segundo os usos locais, salvo cláusula expressa. Não é preciso que o gado, que se mete na gleba comum, provenha de prédio vizinho ou próximo *(aliter,* em se tratando de servidão).

Se o terreno é cultivado durante certa época, entende-se que só se pode pôr o gado nos intervalos. São de excluir-se os animais doentes se podem infestar os sãos, salvo se a doença tomou o gado de todos sem se poder culpar algum dos titulares que trouxe gado de fora. O culpado por meter gado além do número permitido, ou gado que não era de admitir-se, responde pelo dano; responde também com base no art. 1.527 do Código Civil e, ainda sem culpa e sem ser preciso invocação do art. 1.527 quando se trate, segundo os princípios, de ofensa ao direito de propriedade (Tomo II, § 203, 2) ou à posse (Tomos II, § 203, 3, e X, §§ 1.120, 3, e 1.126, cf. 1.127).

3. ARRENDAMENTO. O titular do direito real de compascuo pode arrendá-lo, porque não se trata de direito ligado a algum prédio, que seja o dominante, como acontece nas servidões *pascendi.* Se tratasse de servidão, só em se locando o prédio dominante teria direito à servidão o terceiro. Todavia não pode o titular do compáscuo locar sem que se atenda aos arte. 686 e 633.

4.OBRAS NO TERRENO DO PASTO COMUM. O que é dono do prédio em que há o compáscuo ou o condômino dele pode nele fazer as obras que entenda desde que não exclua ou ofenda o direito dos outros interessados. Não pode cercar o prédio de jeito que impossibilite ou dificulte o uso pelos outros titulares; nem abrir fosso ou valado, que em tal importe, se bem que o possa abrir para evitar inundação, ou outro perigo, que seja provavelmente mais danoso para os co-apascentadores do que a diminuição do pasto. Em princípio, pode o juiz, em ação de regulação do exercício do direito de compáscuo,

determinar que, no interesse de todos, se mude o campo de pastagem, ou que se compense com terras o que com obras necessárias ou úteis se tenha de tirar.

§ 1.417. Terrenos públicos e baldios

1.CÓDIGO CIVIL, ART. 646, PARÁGRAFO ÚNICO. Já vimos que a referência à legislação municipal é de origem germanica: "O compáscuo em terrenos baldios e públicos regular-se-á pelo disposto na legislação municipal". Não só o Município tem terrenos públicos, nem só há baldios que se rejam pela legislação municipal.

Se o terreno é de uso comum do povo, por instituição federal, estadual, distrital, ou territorial, a regulação do exercício do direito de usar é conforme os princípios da respectiva legislação, o que, no fundo, é coincidente para todas. Se o terreno entra na classe das chamadas terras devolutas, cada legislação tem as suas regras jurídicas, em quase coincidente concepção. Se o terreno é baldio, isto é, se não houve destinação especial, por serem ou terras marinhas ou inaproveitadas (baldios, do árabe *bátil,* inaproveitado, inutilizado), os usos e posturas hão de ter composto destinação comum aos moradores e tal destinação se há de respeitar, enquanto a lei (hoje de elaboração democrática feita pelo povo ou por seus eleitos) não lhes mude o aproveitamento. Se são pastos comuns, só a lei que corresponde *à* entidade estatal pode pôr termo a comunhão do uso, ao compáscuo de direito público, a que se refere o art. 646, parágrafo único, do Código Civil. Só a lei pode criar dever de contribuições, ou exigência de títulos de legitimação, ou especializar o uso público (art. 66, II), ou privatizá-lo (art. 66, III). O

Prefeito do Município, ou o Governador, ou o Prefeito do Distrito Federal, ou o Presidente da República, não pode desfazer os compáscuos de direito público, se a lei não o determinou.

Trata-se de bens públicos, sem aproveitamento; não de bens particulares incultos, nem de bens sem dono. Sobre os bens sem dono o que se poderia estabelecer seria composse (privatística), segundo os princípios expostos no Tomo X, *§§* 1.074, 1.075, 1.079, 3, 1.114, 1, ou situação jurídica oriunda de negócio jurídico obrigacional de compascigo (antes, 1.414, 1, 2). Não há usucapião de bens públicos da União (Decreto-lei n. 9.760, de 5 de setembro de 1946, art. 200: "Os bens imóveis da União, seja qual for a sua natureza, não são sujeitos a usucapião").

2. MATOS MARINHOS. Se há no Município matos marinhos *(cx* matos incultos), que os munícipes usam para pastagem em comum do gado, ou para outra finalidade, como logradouro público, só *a lei pode retirar* ao *povo o uso comum.* Segundo a Lei de 23 de julho de 1766, *§* 2, era de mister provisão do Desembargo do Paço, com audiência da Câmara, da Nobreza e do Povo, lanços em hasta pública e mais cautelas, para se darem em sesmaria tais terrenos. Se os marinhos tinham senhorios, também era preciso anuência das Câmaras, não devendo os senhorios deixarem seus pastos, lembas e estrumes, ao aforarem, a outros opidanos.

De tudo que acima se expôs tira-se: a) que o Estado há de respeitar o que existe de pasto comum em terras que lhe pertencem; *lO* que somente por lei portanto em virtude de regra jurídica elaborada por eleitos pelo povo e dentro dos limites de competência que a Constituição de 1946, a Constituição estadual ou a lei orgânica do Distrito Federal ou a lei orgânica dos Municípios fixe é que se pode fazer cessar a pastagem comum em terras públicas.

Quanto às terras que não são públicas, ou pertencem a alguém, que tem de respeitar a posse ou composse dos apascentadores, ou ir, pelos meios jurídicos, contra a posse ou composse deles, ou não pertencem a alguém e são *nullius.* A compastagem em terras de ninguém é sinal de composse. Composse *ad interdicta* e, talvez, composse *ad usucapionem.* Quaisquer questões tem de ser resolvidas segundo os princípios, já expostos nos Tomos *X* e XI.

1

TERRAS DEVOLUTAS

§ 1.418. Conceito de terras devolutas

1.CONCEITO. Terras devolutas são as terras devolvidas ao Estado (União, Distrito Federal, Estado-membro, Território ou Município), se não estão ainda ocupadas, ou se estão na posse de particulares. São bens públicos, não bens adéspotas *(=* sem dono). O conceito tecnicamente fixado acha-se na Lei n. 601, de 18 de setembro de 1850, art. S.: "São terras devolutas: § 1.0 As que não se acharem aplicadas a algum uso público nacional, provincial ou municipal. *§ 29* As que se não acham no domínio particular por qualquer título legitimo, nem forem havidas por sesmarias ou outras concessões do

Governo Geral ou Provincial, não incursas em comisso por falta de cumprimento das condições de medição, e cultura. § 89 As que não se acham dadas por sesmarias, ou outras concessões do Governo, que, apesar de incursas em comisso, forem revalidadas por esta Lei. *§ 49* As que não se acham ocupadas por, posses, que, apesar de não se fundarem em título legal, forem legitimadas por esta Lei". Se a terra pública era usada *especialmente* (pelo Império, pela Província, ou pelo Município) não estava devoluta. Nem se havia de considerar devoluta a terra com dono, por título de direito privado. Nem se, públicas, foram dadas em sesmaria, ou outra concessão, salvo se sobreviera comisso *(z=* resolução do negócio jurídico, aliás resilição, por inadimplemento) sem se lhes ter seguido "revalidação" (aliás, renovação, porque, com o comisso, se desconstituíra o negócio jurídico). Se ainda não se dera o comisso, a infração apenas era elemento do suporte fático para se decretar o comisso, podendo se dispensar *(=* perdoar a infração, renunciar-se à pretensão constitutiva negativa comissária), e foi a isso que se referiu o art. **4o** (Lei n. 601: "Serão revalidadas as sesmarias, ou outras concessões do Governo Geral, ou Provincial, que se acharem cultivadas, ou com princípios de cultura, e morada habitual do respectivo sesmeiro ou concessionário, ou de quem os represente, embora não tenha sido cumprida qualquer das outras condições, com que foram concedidas". Quanto às posses, estados fáticos, não cabia pensar-se em renovação, ou confirinação, mas em legitimação publicística; e daí dizer o art. 5. da Lei n.

601: "Serão legitimadas as posses mansas e pacificas, adquiridas por ocupação primária, ou havidas do primeiro ocupante, que se acham cultivadas, ou com principio de cultura e morada habitual do respectivo posseiro, ou de quem o represente, guardadas as regras seguintes: § 1.0 Cada posse em terras de cultura, ou em campos de criação, compreenderá, além do terreno aproveitado, ou do necessário para pastagem dos animais que tiver o posseiro, outro tanto mais do terreno devoluto que tiver contíguo, contanto que em nenhum caso a extensão total da posse éxceda a de uma sesmaria para cultura ou criação, igual às últimas concedidas na mesma Comarca ou na mais vizinha. § 2.0 As posses em circunstâncias de serem legitimadas, que se acham em sesmarias ou outras concessões do Govêrno, não incursas em comisso ou revalidadas por esta Lei, só darão direito à indenização pelas benfeitorias. Exce.. tua-se desta regra o caso de verificar-se a favor da posse qualquer das seguintes hipóteses:

□

1 a, o ter sido declarada boa por sentença passada em julgado entre os sesmeiros, ou concessionários e os posseiros; □

2 a, ter sido estabelecida antes da medição da sesmaria ou concessão, e não perturbada por cinco anos; **g~a,** ter sido estabelecida depois da dita medição, e não perturbada por dez anos. § 89 Dada a exceção do pará-

grafo antecedente, os posseiros gozarão do favor que lhes assegura o § 1.0, competindo ao respectivo sesmeiro ou concessionário ficar com o terreno que sobrar da divisão feita entre os ditos posseiros, ou considerar-se também posseiro para entrar em rateio igual com eles. § *49* Os campos de uso comum dos moradores de uma ou mais freguesias, Municípios ou co-marcas serão conservados em toda a extensão de suas divisas e continuarão a prestar o mesmo uso, conforme a prática atual, enquanto por lei não se dispuser o contrário".

Devoluta é a terra, que, devolvida ao Estado, esse não exerce sobre ela o direito de propriedade, ou pela destinação ao uso comum, ou especial, ou pelo conferimento de poder de uso ou posse a alguém. JOÃO DE

BARROS disse que, fugindo os Mouros, as terras ficaram devolutas. Os bens do Estado, se não recebem destino, nem exerce o Estado os direitos que tem, ficam devolutos. Não se deve, porém, porque se dilataria, a tecnicamente, o conceito, dizer que o dono do prédio que se ausenta o deixa devoluto. Pode êle renunciar à propriedade (art. 589, II), abandoná-la (ad. 589, lI!), ou perder a posse própria. Nenhum desses atos faz devoluta, em sentido estrito e exato, a terra. A renúncia fá-la adéspota, sem dono. O abandono põe-na em situação que se descreve no art. 589, § 29. A terra devoluta de que cogitava a Lei n. 601, de 18 de setembro de 1850, ad. 89, não era sem dono; era terra pública *(=* do Estado), a que o Estado podia dar destino. Se a terra não é *pública* não é devoluta no sentido da Lei n. 601, de 18 de setembro de 1850, ou do Decreto n. 1.818, de 80 de janeiro de 1854.

É terra sem dono. Terra que se adquire por usucapião de dez anos, ou vinte anos, ou por usucapião de trinta anos, conforme os princípios. O art. 59, *e)* e *f),* do Decreto-lei n. 9.760, de 5 de setembro de 1946, admitiu a usucapião das terras devolutas, conforme o Código Civil; mas o mesmo Decreto-lei n. 9.760, no art. 200, estabeleceu: "Os bens imóveis da União, seja qual for a sua natureza, são os sujeitos a usucapião". Adiante, § 1.419, 3.

A concepção de que ao Príncipe toca o que, no território, não pertence a outrem, particular ou entidade de direito público, é concepção superada. As terras ou são dos particulares, ou do Estado, ou *nuflius.*

Nem todas as terras que deixam de ser de pessoas físicas ou jurídicas se devolvem ao Estado. Ao Estado vai o que foi abandonado, no sentido preciso do ad. 589, III.Ao Estado foi o que, segundo as legislações anteriores ao Código Civil, ao Estado se devolvia. A expressão "devolutas", acompanhando "terras", a esse fato se refere. O que não foi devolvido não é devoluto. Pertence a particular, ou ao Estado, ou a ninguém pertence. Quanto às terras que a ninguém pertence e sobre as quais ninguém tem poder, o Estado como qualquer outra pessoa, física ou jurídica delas pode tomar posse. Então, é possuidor sem ser dono. Não foi a essas terras que se referiu a Lei n. 601, de 18 de setembro de 1850, art. 3 O, tanto assim que se permitia a usucapião das terras não-apropriadas. Cf. Lei n. 601, art. 1.0, alínea l.a: "Ficam proibidas as aquisições de terras devolutas por outro título que não seja o de compra". Tal proposição existia no mesmo sistema jurídico em que existiam as regras jurídicas sobre usucapião (de tempo longo e de tempo breve).

2.POSSEIRO E PROPRIEDADE. As posses tituladas, ou Legitimadas segundo a Lei n. 601, geravam propriedade, se se tratava de terras devolutas "não aplicadas a algum uso público", ou se não havia outro título a favor de outrem (sesmaria ou concessão). As posses em sesmarias e concessões não geravam a propriedade, ainda se em circunstâncias de serem legitimadas. A posse titulada ou legitimada de terras devolutas, por isso mesmo que gerava propriedade, dava o podar de hipotecar e o direito de preferência à aquisição das contíguas (Lei n.

601, art. 11, alínea **l.a: "Os** posseiros serão obrigados a tirar títulos dos terrenos que lhes ficarem pertencendo por efeito desta Lei, e sem eles não poderão hipotecar os mesmos terrenos, nem aliená-los por qualquer modo"; art.

15: "Os possuidores de terra de cultura e criação, qualquer que seja o titulo de sua aquisição, terão preferência na compra de terras devolutas que lhes forem contíguas, contanto que mostrem, pelo estado de sua lavoura e criação, que têm os meios necessários para aproveitá-las"). Ás posses tituladas ou legitimadas de terras devolutas passavam a propriedade; portanto, as terras deixavam de ser públicas: tinham sido devolutas, não no eram mais.

Devolutas continuavam de ser as terras que o eram e não havia quanto a elas posse titulada ou legitimada: a legitimação segundo a Lei n. 601 despublicizava-as. A diferença entre *posseiro* e *possuidor* ressalta. Posseiro é o que tem posse em terra devoluta, com os mais requisitos

que a lei exige à titulação. Donde os três conceitos: posseiro, posseiro com posse legitimada, posseiro com posse titulada. A posse gerava propriedade, sem se dar usucapião, o modo

de adquirir era e é outro que o da usucapião.

Todavia, a propriedade dos posseiros era resolúvel. No art. *79,* dizia a Lei n. 601: "O Governo marcará os prazos dentro dos quais deverão ser vendidas as terras adquiridas por posses ou sesmarias, ou outras concessões, que estejam por medir, assim como designará e instruirá as pessoas que devam fazer a medição, atendendo às circunstâncias de cada Província, Comarca e Município, e podendo prorrogar os prazos marcados, quando o julgar conveniente, por medida geral que compreenda todos os possuidores da mesma Província, Comarca e Município, onde a prorrogação convier". Se os possuidores deixavam de proceder à medição nos prazos marcados pelo Governo, caíam em comisso: "e perderão por isso", estatuiu o art. 89 da Lei n. 601, "o direito que tenham a serem preenchidos das terras concedidas por seus títulos, ou por favor da presente Lei, conservando o somente para serem mantidos na posse do terreno que ocuparam com efetiva cultura, havendo-se por devoluto o que se achar inculto". Perdiam, resolutivamente, a propriedade, ficavam como possuidores do que haviam cultivado: quanto ao terreno inculto, volvia-se ao passado, nem propriedade, nem posse. O Estado mandava proceder a me-dição, o que se levava a cabo, a despeito de qualquer oposição dos posseiros ou dos incursos em comisso.

Todavia, esses tinham *embargos* "em bom tempo" (Lei n. 601, art. 9, alínea .a: "Qualquer oposição que haja da **2**

parte dos possuidores não impedirá a medição; mas, ultimada esta, se continuará vista aos opoentes para deduzirem seus embargos em breve termo"). Embargos do executado *(lato sensu),* porque a ação de medição, após o comisso, é executiva.

Posseiro é conceito de direito público, que corresponde a "posse", no sentido publicístico; ao passo que a "posse", no sentido privatístico, corresponde possuidor. O conceito de possuidor, *possessor,* é romano e alargou-se na teoria hodierna da posse, com os conceitos de posse mediata e posse imediata. O conceito de posseiro alude a bens públicos sabre os quais se pode obter titulo de propriedade, por negócio jurídico entre o Estado e o posseiro.

A posse, no sentido publicístico, é elemento fático da aquisição do direito de propriedade por ato negocial do Estado. Não se confunde

com a posse, no sentido privatístico, elemento do suporte fático da aquisição do direito de propriedade pela usucapião.

a. DEVERES DOS POSSEIROS. O primeiro dever do posseiro era a medição. Depois, vinham os deveres mencionados na Lei n. 601, art. 16: a) prestar o terreno necessário às estradas públicas entre povoações, ou a algum porto de embarque, mediante indenização do terreno e das benfeitorias; *b)* permitir a saída dos vizinhos para a estrada pública, povoação ou porto de embarque, com indenização quando lhes for proveitosa, por encurtamento de um quarto ou mais do caminho; permitir tirada de águas desaproveitadas e passagem delas, precedendo a indenização das benfeitorias e terreno ocupado; sujeitar-se (o que era óbvio) à legislação sobre minas. Tratava-se de *lez speciali.s.*

§ 1.419. Decreto-lei n. 9.760, de *5* de setembro de 1946

1.TERRAS DEVOLUTAS. O Decreto-lei n. 9.760, de 5 de setembro de 1946, art. 1.0, *e)* e j), considera bens imóveis da União: a porção de terras devolutas que for indispensável para a defesa da fronteira, fortificações construções militares e estradas de ferro federais; as terras devolutas situadas nos Territórios federais. No art. 19, li), de certo modo corrigiu o Avise de 5 de outubro de 1863, que as considerara terras devolutas, e disse serem bens imóveis da União "os terrenos dos extintos aldeiamentos de índios e das colônias militares, que não tenham passado, legalmente, para o domínio dos Estados, Municípios ou particulares".

No art. 5., o Decreto-lei n. 9.760, de 5 de setembro de 1946, definiu negativamente, como a Lei n. 601, as terras devolutas da União: "São devolutas, na faixa da fronteira, nos Territórios federais e no Distrito Federal, as terras que, não sendo próprias nem aplicadas a algum uso público federal, estadual ou municipal, não se incorporaram ao domínio privado: a) por força da Lei n. 601, de 18 de setembro de 1850, Decreto n. 1.818, de 30 de janeiro de 1854, e outras leis e decretos gerais, federais e estaduais; 6) em virtude de alienação, concessão ou reconhecimento por parte da União ou dos Estados; e) em virtude de lei ou concessão emanada do govêrno e rati-ficada eu reconhecida, expressa ou implicitamente, pelo Brasil, em tratado ou convenção de limites; *d)* em virtude de sentença judicial com força de coisa julgada; *e)* por se acharem em posse contínua e incontestada

com justo título e boa fé, por termo superior a vinte anos; .19 por se acharem em posse pacifica e ininterrupta por trinta anos, independentemente de justo título e boa fé; .q) por força de sentença declaratória, nos termos do art. 148 da Constituição Federal, de 10 de novembro de 1937" *(hoje Constituição de 1946, art. 158,* § SY).

Tal definição por exclusão é obscura e obscurecente. Note-se que se introduziu a expressão "próprias", para se excluirem as terras de que o Estado tem exercício do domínio como bem "dominical" (no sentido do Código Civil, ad. 66, III). A referência às posses (no sentido privatístico), que se faz no art. *59, e)* e *fl,* somente se poderia entender como regra de direito intertemporal, ou explicitação do direito anterior, porque o art. 200 do Decreto-lei n. 9.760 estabeleceu, clarissimamente: „Os bens imóveis da União, seja qual for a sua natureza, não são sujeitos a usucapião". Mas, em verdade, há apenas aquisição de direito formativo à titulação.

Terras devolutas, para o Decreto-lei n. 9.760, como para a Lei n. 601, são as terras *públicas* (Decreto-lei n. 9.760, ad. 1.0, e) e)9 a que não foi dada destinação de uso público (uso comum do povo, uso especial) ou particular, embora, por sua história, sejam públicas por "devolução". Tudo isso mostra que tal sentido de terras devolutas já destoa da terminologia que se devera empregar.

As terras que nunca foram da União, do Estado-membro, ou do Município, nem dos particulares, são terras sem dono, terras *res nuilius,* terras adéspotas. Podem ser objeto de posse, no sentido privatístico, ou em via de ser usucapidas. Não entram no rol das terras devolutas definidas pelo Decreto-lei n. 9.760, de modo que não é de invocar-se, a respeito delas, o ad. 200 do Decreto-lei n. 9.760. Se alguém as possui *ad interdieta* ou *ad usucapionem* e o Estado afirma que 550 terras devolutas no sentido do Decreto-lei n. 9.760, tem o Estado o Onus da prova. o Estado quem afirma a publicidade das terras, o que não se presume, porque seria presumir-se a titularidade. O Decreto-lei n. 9.760, ad. 69, diz: "As controversias entre a União e terceiros, concernentes A propriedade ou posse de imóveis, serão dirimidas, na esfera administrativa, pêlo Conselho de Terras da União (O.

T. U.), criado por este decreto-lei". Tal bom petencia é só administrativa: "A lei não poderá excluir", estatui o art.

141, § **4□O,** da Constituição de 1946, "da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual". A cognição pela Justiça pode ser provocada pelo interessado ou pela União. A provocação pela União foi prevista nos arts. 32-60 do Decreto-lei n.

9.760. Quanto ao ônus da prova de se tratar~de imóvel da União, o art. 61 do Decreto-lei n. 9.760 diz que o Serviço do Patrimônio da União "exigirá de todo aquele que estiver ocupando imóvel presumidamente pertencente à União que lhe apresente os documentos e títulos comprobatórios de seus direitos sobre o mesmo" (cf. Decreto-lei n. 9.760, arte. 61-68). Tal presunção somente pode derivar de constar dos arquivos da União que o imóvel lhe pertence; de modo que, em juízo, tal presunção só existe como presunção *horninis.* Se, na jurisdição administrativa, o Serviço Público da União *declara* irregular a situação do interessado, tem de pedir à justiça a posse do imóvel, sem que tenha essa de considerar provada a titularidade da União somente porque o foi na jurisdição administrativa. A publicação da decisão administrativa constitui em má fé o ocupante, se já não estava de má fé; mas a decisão judicial contrária à União tem eficácia *ex tune,* eficácia de sentença declarativa negativa, contrária à decisão administrativa que fora, no plano do direito administrativo, declarativa positiva.

2.TITULAÇÃO NOS POSSEIROS. Os posseiros podem receber os títulos se lhes for favorável a decisão administrativa, conforme o processo discriminatório dos arts. 22 Si do Decreto-lei n. 9.760. Se há divergência, impõe-se a composição judicial (Decreto-lei n. 9.760, arts. 82-60). Nessa, à homologação judicial de discriminação conforme o art. 57 do Decreto-lei n. 9.760 segue-se o que se estabelece nos arte. 164-174 do Decreto-lei n. 9.760. Diz o art. 164: "Proferida a sentença homologatéria a que se refere o art. 57, iniciará a Fazenda Nacional a execução, sem embargo de qualquer recurso, requerendo preliminarmente ao Juiz da causa a intimação dos possuidores de áreas reconhecidas ou julgadas devolutas a legitimarem suas posses, caso o queiram, a Lei o permita e o Govêrno Federal consinta-lhes fazê-lo, mediante pagamento das custas que porventura estiverem devendo e recolhimento aos cofres da

União, dentro de sessenta dias, da taxa de legitimação". No parágrafo único: "O termo de sessenta dias começará a correr da data em que entrar em cartório a avaliação da área possuída". A ressalva "sem embargo de qualquer recurso" entende-se "sem suspensão dos efeitos sentenciais", porque o recurso foi previsto no ad. 57, parágrafo único, do Decreto-lei n. 9.760 e não podia a lei exclui-lo.

3.JUSTIFICAÇÃO DA POSSE. No ad. 59, o Decreto-lei n. 9.760 excluiu da classe das terras chamadas *devolutas* (que pertencem ao Estado, ad. 19, *e)* e 1), as que *já* se acharem em posse continua e incontestada

com justo título e boa fé, por tempo superior a vinte anos, ou que *já* se acharem em posse contínua e ininterrupta por trinta anos, independentemente de justo título e boa fé, bem como as que foram adquiridas em virtude do art. 156,

§ 39, da Constituição de 1946. A justificação administrativa leva à dação do título, *declaratóriamente* (Decreto-lei n. 9.760, arte. 175-185), o que, em relação às espécies do ad. 59, *e)* e g), não é decisão administrativa de usucapião de bem público, devido ao ad. 200 do Decreto-lei n. 9.760. Se a decisão é desfavorável ao justificante, tem ele a *ação judicial declaratória,* que a lei não lhe poderia tirar devido ao ad. 141, § 49, da Constituição de 1946 e haver o ad. **5□O,** *e)* e *f),* do Decreto-lei n. 9.760. Que posse é essa, de que se trata no art. 59, *e)* e 1)? A posse privatística ou a posse publicística? Levariam a pensar-se naquela os fatos de se empregarem termos do direito civil e de se mencionarem elementos do suporte fático da usucapião (posse contínua e incontestada, posse pacífica e ininterrupta, vinte anos, trinta anos, justo título, boa fé). A posse que dá a aquisição publicística segundo o art. 59, *e)* e)9, do Decreto-lei n. 9.760 é a posse publicística, e não a posse privatística. O ad. 174 do Decreto-lei n. 9.760 não é invocável, por só se referir às legitimações de posse; mas é comum às legitimações e às justificações o ad. 59, parágrafo único: "A posse a que a União condiciona a sua liberalidade não pode constituir latifúndio e depende do efetivo aproveitamento e morada do possuidor ou do seu preposto, integralmente satisfeitas por estes, no caso de posse de terras situadas na faixa da fronteira, as condições especiais impostas por lei". Prepostos ai está por possuidor imediato ou por servidor da posse, conceitos já estudados no Tomo X, §§

1.064, 1.071, 1.069 e 1.074, 2.

A justificação da posse supõe que se haja de declarar o direito à aquisição. AI, não por usucapião, mas sim por *liberalidade* do Estado: não se vê o fato jurídico da usucapião, mas o negócio jurídico por manifestação tácita de vontade, razão por que foi possível redigir-se o ad. 200 do Decreto-lei n. 9.760. A decisão é de eficácia *ex time,* por ser declaratória.

4.USUCAPIÃO E DIREITO FORMATIVO GERADOR. À inteligência dos arts. 59, *e)* e t), 175-185 e 200 do Decreto-lei n. 9.760 somente se pode chegar com a distinção técnica entre usucapião (art. 200; Código Civil, arts.

550 e 551) e direito formativo gerador (Decreto-lei n. 9.760, arts. 59, *e)* e *1),* e 175-185). Quem apenas tem direito formativo gerador ainda não usucapiu. As ações declaratórias, nas espécies dos arts. 550 e 551 do Código Civil e nas espécies dos arts. 5., *e)* e 1), e 175-185 do Decreto-lei n. 9.760 têm conteúdo diferente: naquelas, declara-se ter alguém, possuidor, usucapido; nessas, declara-se ter alguém, posseiro, direito formativo à aquisição. A propriedade que se adquire, aqui, é resolúvel.

CAPITULO II

TERRAS DE SILVICOLAS

§ 1.420. Passe e propriedade

1.SEGURANÇA CONSTITUCIONAL. Diz a Constituição de 1946, art. 216: “Será respeitada aos silvícolas a posse das terras onde se achem permanentemente localizados, com a condição de não a transferirem” (cf.

Constituição de 1934, ad. 129; Constituição de 1937, ad. 154). O direito subjetivo dos silvícolas irradia a pretensão declaratória, a de reivindicação e de posse, O posse, ai, é fato jurídico, há o *ius possidendi.* se chamou propriedade a tal situação, para se não alargar ou deformar o conceito de propriedade. A posse, de que se trata, é privatística, mas dela resulta pretensão de direito constitucional, O silvícola não tem o poder de dispor; a transferência seria *inexistente.* Títulos que proviessem de silvícolas não gerariam propriedade; seriam nenhuns. A localização há de ser permanente. Desde que o silvícola se incorpore à sociedade civilizada, a posse pode ser registrada como propriedade, após sentença declaratória daquela. Se foi a coletividade que passou a centro agrícola, ou se incorporou à sociedade civilizada, a propriedade é do grupo, da horda, da tribo ou da nação, na pessoa do chefe, segundo o conceito da vida jurídica interna. Exteriormente há a propriedade segundo o sistema jurídico brasileiro; internamente, segundo o direito grupal, hórdico, tribal ou nacional silvícola. Se parte da nação, tribo, horda ou grupo se separou e outra se conservou em povoação indígena ou posto de serviço, procede-se à discriminação (Lei *ix.* 5.484, de 27 de julho de 1928, arts. 38 e 39).

1

2. FUNÇÃO DO ESTADO. O Estado tem de garantir a posse dos silvícolas, evitando invasões pelos civilizados, e conservar e fazer respeitar a organização interna das coletividades, independência, hábitos, línguas, instituições, não podendo intervir para os alterar, salvo se o exigir « moral ou se há prejuízo para os silvicolas ou terceiros (Decreto n. 10.652, de 16 de outubro de 1942, art. 1.~, *b), o)* e *d).*

O Estado demarca as terras dos silvícolas, respeitadas as posses, incentiva a construção de casas e promove a evolução da propriedade coletiva para a propriedade individual, à medida que se afrouxam os laços grupais, hórdicos, tribais ou nacionais dos silvícolas.

3.TRANSFERIBILIDADE. A posse dos silvícolas é intransferível. Somente pode o silvícola civilizado transferir propriedade imóvel que haja adquirido *segundo* o *Código Civil, ou as leis que regem as terras devolutas.* Quanto àquilo de que tinha a posse somente cessa a intransferibilidade depois que se transforma em propriedade individual a posse do silvícola civilizado, precedendo sentença declaratória, provas da civilização do silvícola e da transformação da propriedade coletiva em propriedade individual, em ação judicial, e registro da sentença declaratória da posse segundo o art. 216 da Constituição de 1946 e da sentença proferida na ação judicial a que acima nos referimos, ações cumuláveis.

§ 1.421. Registro das terras

1.PROPRIEDADE INDIVIDUAL EXSURGENTE. A posse das terras pelos silvícolas foi concebida como fato jurídico, irradiador de direito à posse, de pretensão e de ação de reivindicação, possessória e declaratória.

Somente a transformação de tal posse, que é, de regra, posse pelo chefe do grupo social, em propriedade individual pode inserir no sistema imobiliário brasileiro a propriedade dos silvícolas, com toda a sua estrutura.

Antes disso, há a propriedade exterior, quando já civilizado o silvícola, com a estruturação interna segundo o direito do grupo social; de modo que por fora **(z** para o sistema jurídico brasileiro) a propriedade entregue é propriedade, mas por dentro corresponde às categorias da cultura social do silvícola. A lei do grupo social é, de certo modo, conteúdo da lei brasileira. Somente após o registro da sentença declaratória da posse do silvícola e do registro da sentença declaratória da civilização do silvícola e transformação da propriedade coletiva em propriedade individual, é que se opera no plano do sistema jurídico brasileiro a aquisição da propriedade individual, que passa a reger-se, inteiramente, pelo Código Civil. Tais terras podem, então, ser transferidas e usucapidas, renunciadas e abandonadas.

Antes dos registros, a desaparição dos silvícolas, tenha ou não havido sentença, não faz terras devolutas tais terras erro de Aviso de 1863, que se corrigiu (§ 1.419, 1). Tais terras passam a ser terras apropriáveis, se não houve sentença declaratória ou se sobrevém outra sentença declaratória, que julgue extinta a nação de sílvicolas, a tribo, ou a horda, ou extinto o grupo. Não basta a sentença que declare ter falecido ou desaparecido o silvícola a que se deferira o pedido de declaração.

2.PROCESSO. Com as decisões de que se falou no *§* 1.420, 3, o silvícola pode promover o registro, para o qual aquelas decisões são o título. Só ele o pode promover, transcrevendo-se o título à semelhança do que se *faz* com as sentenças de usucapião. Após esse registro, é transferível a propriedade. A tutela jurídica não é mais a do art.

216 da Constituição de 1946. t a tutela jurídica de qualquer proprietário por título de direito civil. Também se torna usucapível por outrem a propriedade. Todavia, a usucapião da terra que se respeitou ao silvícola, ou que havia de ser respeitada, somente é possível contando-se o tempo, breve ou longo, conforme os arts. 551 e 552 do Código Civil, a *partir do dia dc registro,* porque só então se pode considerar usucapivel a propriedade. A posse anterior à hora do registro de modo nenhum se há de levar em conta, não era posse, era *tença* proibida pela Constituição de 1946, art. 216. Nem o título anterior à hora em que se registrou a sentença declaratória da possa pelo silvícola civilizado. Não basta que o titulo seja do mesmo dia; é preciso que dele conste, se do mesmo dia, que foi outorgado após o registro, isto é, em momente posterior *(e.* g., "transfiro a propriedade registrada hoje, às duas horas da tarde"). Quanto à boa fé, não há qualquer diferença entre os princípios que regem a usucapião contra os silvícolas civilizados e as outras pessoas. Outrossim, quanto aos

princípios concernentes à capacidade e à forma.

No tocante à diferença entre negócio jurídico consensual relativo às terras, acordo de transmissão e transmissão por transcrição, tudo se passa como a respeito de quaisquer alienantes (Tomo XI, §§ 1.191, 5, 1.222, 7, 1.226, 1.243, 1.246, 7, e 1.247). O negócio jurídico de compra-e-venda a silvícola, anterior ao registro, *não existe,* no plano do direito brasileiro *(* exteriormente). Idem, o acordo de transmissão. De modo que, para que haja obrigação de prestar a terra, é preciso que o silvícola se haja obrigado *após* o registro. *A .fortiori,* para que tenha existência acordo de transmissão.